JACOBI FRIDERICI LUDOVICI,

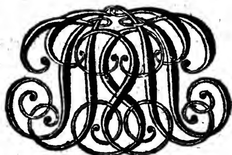
J. U. D. & PP. Extr.

USUS PRACTICUS DISTINCTIONUM JURIDICARUM

juxta
Ordinem Digestorum adornatus;

PARS II.

Libros à XIV. usque ad XXIIX. complectens.



HALÆ MAGDEBURG.
Sumptibus JOHANNIS JACOBI SCHÜTZII,
Typis Johannis Jacobi Krebsii, Acad. Typ.
ANNO M DCCIII.



Usus Practici Distinctionum Juridicarum
PARS II.
LIBRI XIV. Digestorum Tit. I. & III.
De Exercitoria & Institoria actione.
DISTINCTIO I.
Inter actionem *exercitoriam* & *institoriam*.



Vod objectô differant, quoniam scilicet exercitoria ad maritimam, institoria autem ad terrestrem negotiationem pertinet, illud adeò magnam utilitatem non habet. Verum in eo usus sese exerit non contemnendus, quod *exercitoria* locum habeat contra exercitorem ex facto Magistri substituti, quamvis exercitor substitutionem

 hanc

hanc exprefsè prohibuiffet, *l. 1. §. 5. ff. de exerc. act.* ubi illud de inftitoria negatur, ob utilitatem, ut dicitur, navigantium ita introductum. Sed quæritur: *Si ejusmodi prohibitio à principali non fuerit facta, an tunc principalis ex facto fubftituti actione inftitoria teneatur?* de exercitoria enim nullum eft dubium. Affirmant quæftionem Lauterbach *h. t.* item Schilterus & Brunnemannus apud Schœpfferum *in Synopf. jur. priv. h. t. num. 3.* fed mihi contrarium verius videtur. Textus enim à Lauterbachio in hanc rem allegati, nihil minùs probant, quam quod ex ipfius intentione probare debebant. Videamus. Textus primus eft in *l. 1. §. 5. de exerc. act.* ubi Ulpianus ita: *Magiftrum autem accipimus, non folùm, quem exercitor præpofuit: fed & eum, quem Magifter, & hoc confultus Julianus in ignorante exercitore refpondit. Ceterùm fi fcit & paffus eft, eum in nave magifterio fungi, ipfe eum impofuiffe videtur, quæ fententia mihi videtur probabilis: omnia enim facta Magiftri debet præftare, qui eum præpofuit: alioquin contrahentes decipientur, & facilius hoc in magiftro, quam inftitore, admittendum propter utilitatem. Quid tamen, fi fic Magiftrum præpofuit, ne alium ei liceret præponere? an adhuc Juliani*

liani sententiam admittimus, videndum est. Finge enim, & nominatim eum prohibuisse, ne Titio Magistro utaris; dicendum tamen erit, eousque producendam utilitatem navigantium. Ego hîc nec verba, nec rationem deprehendo, quæ dissentientibus patrocinium præbere possit, & quamvis etiam verba adessent dubiæ interpretationis; ego tamen in tali ambiguitate potius regulæ inhærendum esse putarem, vi cujus illi substituendi facultas non permittitur, cujus personæ industria electa fuit.

Porrò adducitur *l. 5. §. 17. ff. de instit. act.* in qua lege deciditur, *quod heres, qui eodem institore utitur, quem defunctus præposuerat, actione etiam institoria teneatur, licet quis ante aditam hereditatem cum illo institore contraxisset.* Benè. Sed quid hoc ad quæstionem propositam?

Denique provocatur ad *arg. l. 8. §. 3. Mandat.* ubi procuratori extrajudiciali alium substituere permittitur; sed huic legi obstat *l. 15. §. 2. ff. de divers. temp. præscript.* quæ expressis verbis contrarium disponit. Si antinomia concedenda esset, tunc *l. 8. §. 3. Mand.* tanquam à regula ante suppeditata recedens rejici deberet; Sed ne alios vocabulò *antinomiæ* irritemus, retinebimus

communem conciliationem, quod *d. l.* de eo casu saltem intelligenda sit, *ubi res est minimi præjudicii.* v. Dion. Gothofr. *ad d. l.* Tholosan. *Syntagm. jur. univ. l. 49. c. 4. num. 6.* Salycetus *ad d. l. 8. §. 3. ff. Mandati*, qui hanc materiam fusius persequitur. Sed hâc ratione iterùm parùm accedet opinioni contrariæ. Nam res Mercatorum utplurimum maximi sunt momenti.

Quid ergo manet? hoc scilicet. Magister indistinctè substituit, sive hoc ipsi permissum, sive prohibitum fuerit; Institor autem nunquam substituit, nisi hoc ipsi expresse permissum, aut res minimum præjudicium involvat.

DIST. II.
Inter *Verum* & *quasi* Institorem.

Hîc nullam deprehendo utilitatem, præterquam, ut terminos intelligamus. *Verus* institor vocatur, cui omnia; *quasi* institor, cui unum saltem negotium ad mercaturam pertinens est commissum, *v. l. 13. §. 25. ff. de act. emt.* Institorum varias species vid. in *l. 5. §. 1. seqq. ff. de instit. act.* In effectu autem eodem modo præponens tam ex veri, quam ex quasi institoris contractibus tenetur. Dixi ex *contractibus*. Nam ut verus

sive

five quasi Institor *delinqueret*, hoc præponens voluisse non censetur. Graviter quidem obstare videtur *l.5.* §.*6. ff. de instit. act.* ubi dicitur, quod *libitinarius*, id est, mortuorum sepulturæ præpositus, (v. Gothofred. *ad cit. l.*) etiam tunc obligetur, si *pollinctor* mortuos spoliaverit. Sed ibi expressè JCtus de *servo* pollinctore loquitur, propter cujus delicta convenitur quidem Præponens, sed ex speciali ratione dominii, quæ actio propterea magis est species actionis noxalis, quàm institoriæ, vid. Illustr. Dn. Stryk *in not. ad Lauterb. tit. de instit. act. verb. obstat. l.5.*

LIB. XIV. TIT. IV.

De Actione Tributoria.

DISTINCT. I.

Inter actionem Tributoriam ex *contractu* & ex *dolo* Domini vel Patris orientem.

HAnc distinctionem apud paucissimos deprehendere licuit, plurimi enim, imò omnes ferè, unam saltem eamque actionem tributoriam simplicem agnoscunt, nisi

quod B.Brunnemannus *in Comm. ad l.7. §.2. ff. b.t.* quorundam mentionem injiciat, qui actionem tributoriam de dolo actioni simplici (quam *in factum* quoque appellare posses) contradistinguant. Interim liquidò apparet hæc distinctio ex textibus juris. Primò provoco ad § 3. *J. quod cum eo*, ubi ita dicitur: *Namque si servus in peculiari merce sciente Domino negotietur, & quid cum eo ejus rei causa contractum erit: ita Prætor jus dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter Dominum, si quid ei debetur & ceteros Creditores pro rata portione distribuatur; & ideo tributoria vocatur.* Hactenus de actione tributoria ad *suscipiendam* distributionem mercis peculiaris, quæ est ex contractu. Pergit porrò Imperator: *Nam si quis ex Creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quàm oportuerit, hanc ei actionem adcommodat, quæ tributoria appellatur.* Habes actionem tributoriam ex delicto, quæ ad *corrigendam* iniquam distributionem mercis peculiaris competit. Deinde addi quoque possunt *l. 1. §.3.* & *l.7. §.2. & 3. ff. b.t.* quarum prior de actione ex contractu, posterior de ea, quæ ex delicto oritur, itidem non obscurè loqui videtur.

Usus in eo se exerit, quod actio tributo-

ria *ad corrigendam* distributionem non detur adversus heredes, nisi quatenus ad eos pervenit, quia est ex delicto, *l. 7. §. 5. ff. h. t. l. 9. §. 2. eod.* at verò ea, quæ divisionem *suscipiendam* urget, contra heredes etiam competit, quia ex contractu nascitur, quod ex vulgaribus principiis facilè patet.

His notatis, facilè patet confusa doctrina eorum, qui actionem tributoriam simpliciter ex contractu nasci asserunt, vid. Lauterb. *h. t.* Struv. *Ex. 20. th. 43.* & quare Lauterbach statuere coactus fuerit, *quod hæc actio exorbitantem naturam à Prætore acceperit*, quia scilicet ille suppofuerat, fundamentum eius unicè in contractu servi vel filiifamiliâs quærendum esse, unde comprehendere non poterat, quare hæc actio saltem detur *de eo, quod pervenit*, cum tamen aliàs actiones ex contractibus sine respectu, utrum quid pervenerit, annon, adversus heredes extendantur. Textus, quos adducit Struvius, scilicet *l. 7. pr. §. 2. l. 8. h. §. 3. J. quod cum eo. l. f. h.* pro nobis faciunt, prout paulò ante ostendimus. Provocat quidem ad Bachovium *in tr. de action. Disp. 8. th. 13.* sed hic Autor nostram potius sententiam confirmat. Statuit enim, actionem tributoriam ex dolo oriri, & simul ad *l. 8. h. t.* quæ obsta-

re videbatur, respondet. Verba ejus hæc sunt: *ad quæ scilicet* (id est, ad distribuendas merces peculiares) *tenetur ex edicto, & si neutrum fecerit,* (id est, nec distribuerit, nec mercibus cesserit per *l. 7. §. 1. b. t.*) *tum demum hac actione tributoria, quæ coërcendo dolo comparata est, convenitur per l. 7. §. 2. b. t. Nam quod dicitur in l. 8. eod. non esse hanc actionem de dolo, non eò pertinet, quasi hac actione non coërceatur dolus, sed quod non sit actio famosa, quæ in specie appellatur actio doli, ut ex l. præc. 7. §. ult. perspicuum esse potest: ut tamen hoc notetur, in d. l. 8.* rei persecutionem continere, *in specie usurpari, ut opponatur actioni famosæ de dolo, quæ aliàs & ipsa rei persecutoria dici potest, quatenus hæc opponitur actioni poenali in duplum, triplum vel quadruplum, &c.*

Sed posset quis objicere: ergò actio tributoria, quam tu ex contractu esse dicis, coincidit cum actione de peculio; Imo non coincidit. Differunt illæ duæ actiones & *objectô* & *effectu*. Actio de peculio intuitu *totius peculii:* tributoria *mercis alicujus peculiaris* respectu datur, *l. 11. ff. b. t.* Dominus item vel Pater actione de peculio conventus, *omne* deducit, quod sibi debetur, antequam reliquis Creditoribus satisfiat; sed in

in actione tributoria velut extraneus Creditor *pro rata* saltem in distributione concurrit, quia eô ipsô, dum passus est, servum vel filium in merce peculiari negotiari, privilegio suo renunciasse censetur, *v. l. 1. pr. & §. 2. l. 5. §. 7. h. t.*

Hæc quoad usum theoreticum propter confusionem communiter receptam moneri debuerunt. Quæritur autem, quid de vsu practico dicendum sit? Hîc diversæ assertiones separandæ. Quidam ex DD. statuunt, quod actioni tributoriæ propterea hodiè non sit locus, quia filii negotiationem exercentes eô ipsô pro tacitè emancipatis habentur, v. Schultz *Synops. instit. tit. Quod cum eo &c. lit. C.* Beyer *Posit. ff. h. t.* Hahn *ad Wesenbec. h. t. in fin.* quam sequitur Lauterbach *h. t. in fin.* Verùm hæc opinio non placet. Tacita enim emancipatio non nisi ex separata demùm œconomia colligitur, Brunn. *ad l. 31. ff. de adopt.* Dav. Mevius *ad jus Lubec. l. 1. tit. 3. num. 24.* conf. omninò Illustr. Stryk *ad Lauterb. h. t. verb. habeantur.* Sed talis separata œconomia in filiofam. peculium administrante non deprehenditur.

Quod addit Dn. Beyer *loc. cit.* quod hodiè *exorto Creditorum concursu non pater bonis obæratis dividendis præsit, sed judex,* &

quod per consequens ex hoc etiam capite actio tributoria cesset; in eo iterum fallitur. Non enim de eo est quæstio, quid pater post concursum coram Judice motum fecerit; sed de distributione, quam suscepit, antequam causa ad judicem devolveretur. Nec enim & hodie Creditores statim Judicem adeunt, sed prius tentare solent, annon extrajudicialiter suum à Debitore consequi possint. Interim, quod rarior hodiè sit actio tributoria, quam olim quidem, facilè largior, cum rariora sint filiorumfam. peculia, servos autem non habeamus.

Disputant hîc quoque, annon beneficium *quasi separationis* ex hoc titulo deduci possit? Quòdsi enim servus apud Romanos plures exercebat negotiationes, vel ejusdem negotiationis plures habebat tabernas, tunc quilibet creditor intuitu ejus negotiationis, vel tabernæ, cujus intuitu specialiter contraxerat, reliquis præferebatur. Exinde DD. colligunt: si hodiè Mercator aliquis plures habuit negotiationes, aut tabernas & alter hujus tabernæ intuitu speciatim contraxit, quod tunc quoad bona in illa taberna reperta reliquis præferendus sit. Hîc quidem quoad theoriam placet opinio eorum,

rum, qui dicunt, à negotiatione servi ad liberi hominis negotiationem non procedere consequentiam. Cum enim servi pro nullis habiti, *merci* magis, quàm personæ creditum videbatur & inde oriebatur separatio. At liberorum hominum *persona* obligatur, æsque alienum, quod contrahunt, totum ipsorum patrimonium imminuit, non certi loci facultates respicit, Gröneγvegen *ad l.5. §.15. & l.16.ff. h.t.* quem sequitur Dn.Beyer *loc.prox. cit.ad h.t. in f.* Sed si de praxi quæritur, prout hoc ad scopum nostrum primariò spectat, illa iterum in concontrarium est & pro observantia beneficii quasi separationis communiter pronunciatur, v. Illustr. Dn. Stryk *in not. ad Brunnem, Proc.conc. Cred. C.5.* §.13. & quos ibi citat.

Lib. XV. Tit. I.

De Peculio.

DISTINCT. I.

Inter peculium *castrense*, *quasi castrense*, *profectitium* & *adventitium*, idque *ordinarium* & *extraordinarium*.

Communiter hæ distinctiones tanquam inutiles obiter saltem tractantur, quasi non

non ſint dignæ, ut ullum temporis ſpatium iis rectè intelligendis inſumatur. Verùm ea, quæ mox dicentur, oſtendent, fallere non ſolùm DD. qui talia pro autoritate adfirmant, ſed ſimul & eos falli, qui eadem cœco impetu ſequuntur.

Uſum ſcilicet habet ea diſtinctio *l. in actionibus judicialibus.* Intuitu peculii caſtrenſis vel quaſi caſtrenſis, filius adverſus ipſum Patrem, & adverſus extraneum ſolus inſciô & invitô Patre agere poteſt, *l. 4. ff. de judic. l. 4. §. 1 ff. de caſtrenſ. pecul.* Propter profectitium nec adverſus patrem agit, ob *d. l. 4. de judic.* nec contra extraneum, patri enim & proprietas & uſusfructus, id eſt, omne omninò jus competit, v. Struv. *Exerc. 9. theſ. 6.* niſi forſàn Pater abſens ſit, tunc enim ex præſumto mandato admittitur, *v. l. 18. §. 1. ff. de judic.* Ratione adventitii regularis Pater, tanquam Uſufructuarius & legitimus Adminiſtrator, actionem inſtituit, conſentiente tamen filio, ſi ejus ætatis eſt, ut conſentire queat, *l. ult. §. 3. C. de bonis quæ lib.* quodſi Pater abeſt, vel furore impeditur, filius non minùs, ut anteà admittitur, cum cautione tamen de rato, v. Struv. *loc. cit.* Denique quoad adventitium irregulare diſtinguit quidem Lauterbach *ad tit. de judic.*

utrum

utrum illud consentiente, an verò dissentiente Patre filius acquisiverit, sed ea distinctio effectu hìc destitui videtur, cum *l.f.in f.pr. C.de bon. quæ lib.* filio agendi potestatum concedat cum consensu tamen patris, quamvis filius peculium eò dissentiente acquisivisset. Quidni ergò & eô casu, ubi pater in acquisitionem consensit, ejus quoque consensus in institutione actionis requireretur? Ergò ita dicendum: in adventitio irregulari filius semper agit, consentiente tamen patre, qui ad consensum illum præstandum juxta *cit. l.f.* compelli potest per Judicem.

Sed anne quoad peculium adventitium inter filium & Patrem lis esse potest? Negatur ob vinculum unitatis, unde quamdiu patria potestas & per consequens ipsum illud peculium durat, omnes lites suspenduntur, quæ *rem ipsam* concernunt, de illis enim sermo est. Quod si de *modo administrandi* controversia oriatur, v. g. si pater bona adventitia dissipare incipit, tunc quidem patrem convenire potest filius, juxta Busium & Brunnemannum *ad l. 4. ff. de judic.* Sed tunc non adest actio proprie sic dicta, sed nuda & summaria officii Judicis imploratio, vel potius denunciatio aliqua.

Quis

Quis vero inde assereret, quod *de re ipsa* etiam inter patrem & filium actio institui possit? quod tamen facere videtur Dn. Beyer *in Posit. ff. de judic. pos. 19. & 20.*

II. Usus distinctionis sese exerit *in materia contractuum & SC. Macedoniani.* In peculio castrensi & quasi filius ex omnibus contractibus obligatur, etiam ex mutuo, *l. 1. §. ult. & l. 2. ff. de SC. Macedon.* & sic ibi cessat SC. Macedoniani exceptio; secus in reliquis & quoties quis pro filiosam. habetur, quod ad adventitium irregulare minus rectè extendit Lauterb. *ad tit. de Sc. Macedon.* cum hic filiusfam. mortem patris expectare non habeat necesse. Posses & hoc addere: Intuitu peculii militaris filius cum patre contrahit, non autem intuitu reliquorum.

III. *In materia testamentorum.* De peculio castrensi & quasicastrensi testatur pro lubitu filius, *pr. J. quib. non est permiss. fac. testam. l. 2. C. de castr. pecul. l. 50. C. de Episc. & Cler,* non autem de reliquis cujuscunque generis ea sint, hoc unicô exceptô quod de peculio adventitio ordinario patre permittente, de extraordinario autem patre etiam invito *donationem mortis causa* celebrare possit ad hanc enim præcisè non requiritur,

ut

ut quis sit paterfamilias, quod tamen in testamenti factione necessum est, v. Struv. *Ex. 40. th. 33.*

IV. In materia *computationis Legitimæ.* Castrense & quasi castrense peculium non computatur in Legitimam, neque etiam adventitium, v. *l. 36. pr. ibi: repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est. C. de in off. testam.* benè tamen profectitium, hoc enim ex ipsa Patris substantia proficiscitur & privilegio aliquo munitum non est.

V. In materia *relinquendæ Legitimæ.* Quando quis post emancipationem de iis bonis testatur, quæ ante ex peculio adventitio ad ipsum pertinebant, tunc parentibus vel liberis ex iisdem legitimam portionem relinquere tenetur, *v. Nov. 115. c. 3.* sed quando quis testamentum de castrensi peculio condit, tunc ad legitimam relinquendam non tenetur, *l. 9. & 24. C. de inoff. testam.* idem in quasi castrensi, *l. fin. pr. & §. 1. eod.* quod tamen intelligendum, *quamdiu illa vera vel quasi militia durat*, eâ enim cessante ipsum quoque privilegium cessat, *l. 8. §. 3. ff. de inoff. test. l. f. §. 2. C. eod.* Disputant verò, annon illud privilegium *militum* per *Nov. 115. c. 3. verb. à rebus propriis, in quibus habent,*

bent testandi licentiam, sublatum sit? ita videtur Covarruv. *in c. quia nos. 9. n. 9. X. de testam.* Salyceto *in l. f. C. de inoff. num. 4.* Wesenbecio *Cons. 17. n. 30.* aliisque, v. Brunnem. *add. l. 9. C. de inoff. testam.* Mihi tamen se adprobat sententia Donelli *comm. l. 19. c. 5.* & Reusneri *de testam. p. 2. c. 25. n. 7.* quæstionem negantium, quia specialia privilegia generali correctioni subjacere non solent, jus testandi autem in peculio castrensi vel quasi castrensi ex speciali privilegio sine dubio dependet. Et ergò adlata verba *Nov. 115. c. 3.* quod liberi legitimam relinquere debeant à rebus propriis, *in quibus habent testandi licentiam*, intelligenda sunt, scilicet *de jure communi.*

VI. In materia *collationis bonorum.* Peculium castrense & quasi castrense nunquam confertur, *l. 1. §. 15. ff. de collat. l. 1. C. de castrens. pecul.* nec adventitium, *l. f. C. de Collat.* benè tamen profectitium, *v. l. 17. C. d. t.*

VII. Quoad *beneficium competentiæ.* Filius enim intuitu rerum castrensium conventus condemnatur in id solummodò, quod facere potest, *l. 6. & 18. ff. de re judic.* quod ad quasi castrensia eodem modò pertinet. Secus in aliis, v. g. adventitiis, præcipuè irregularibus. IIX. In-

IIX. Intuitu *ipsius Patris.* In castrensi & quasi castrensi & proprietas & ususfructus pertinent ad solum filium, pater *nihil* habet, ne quidem administrationem, nisi filius nondum majorennis sit, ubi tamen pater non percipit fructus, v. Carpzov. *lib. 5. Resp. 84. num. 7.* In peculio profectitio contra pater *omne* habet, filius nihil: in adventitio ordinario *aliquid*, nempe usus fructus ad Patrem, aliquid, id est proprietas, ad filium spectat. In adventitio extraordinario Pater iterum nihil habet, præterquam nudam administrationem, si filius imperfectæ est ætatis, ubi tamen ad inventarium conficiendum & rationes reddendas æque est obstrictus, ut alius Curator, non enim tunc vi patriæ potestatis, sed ut Curator administrat, v. Illustr. Dn. Stryk, *ad Lauterb. h. t. voc. administrare potest.*

LIB. XVI. TIT. II.

De Compensationibus.

DISTINCT. I.

Inter Compensationem *perpetuam* & *temporalem.*

P*Rior* mutuum debitum in perpetuum pro re nata vel tollit, vel minuit, fit-

que ipsò jure, ita ut ab illo momento, quo alter viciſſim debere cœpit, ego ad uſuras ulterius ſolvendas non ſim obligatus, *v. l. 4. C. h. t. ibique Gothofr. in not. Poſterior* eousque ſaltem effectum ſuum exerit, donec debitor meus pecuniam mihi debitam perſolverit, & quamvis ego jure hoc meò, quod *retentionis* aliàs vocatur, utar, uſuræ tamen interim nihilominus currunt. Deinde *prior* obtinet ſaltem, ſi quantitates debeantur, aut ſpecies quidem, v. g. duo equi, ſed in genere ſolùm ſine certa determinatione promiſſæ, in has enim non cadit pretium affectionis; ſecùs in rebus determinatè promiſſis, unde certa ſpecies cum ſpecie, aut ſpecies cum quantitate compenſari nequit, quod fusè perſequitur Lauterbach *ad h. t. ſub lit. O.* In *poſteriori* autem ſpecies quoque propter debitam quantitatem, aut aliam ſpeciem juſtè retinetur, donec ſolutio facta fuerit. Hic enim rem alteri in perpetuum non aufero, ſed ad tempus ſaltem, & ſic non obſtat, licet ille maximum affectum ergà eam rem foveat.

DIST. II.
Inter Compenſationem *propriam* & *impropriam*.

Hæc

HÆc cum priore coincidit, vocabulis solummodò mutatis. Per impropriam enim temporalis, sive jus retentionis; per propriam autem perpetua compensatio indigitatur, v. Frantzk. *lib. 1. resol. 13. num. 26.* Ergò hîc eadem repetenda, quæ ad præcedentem distinctionem adlata fuerunt.

LIB. XIV. TIT. III.

Depositi vel contra.

DISTINCTIO I.

Inter Depositum *regulare* & *irregulare.*

IN regulari transfertur solùm custodia, non jus utendi, qui enim re deposita utitur, furtum *usus* committere dicitur, *v. §. 6. J. de oblig. quæ ex delict. nasc.* secus in irregulari, ideò enim hoc nomen accepit, quia à regula, sive ab ordinaria depositi natura planè recedit. *v. l. 24. ff. h. t.* In regulari casus fortuitus pertinet ad deponentē, tanquam ad Dominum: secus in irregulari, hoc enim reverà nihil aliud est, quàm mutuum, ergo etiam Dominium cum omnibus suis effectibus in irregularem hunc Depositarium transfertur, v. omninò *l. 9. §. f. & l. 10. ff. de reb. credit.* Imò hinc simul deponens jura sua amittit, quibus aliàs in concursu creditorum fruitur.

DISTINCT. II.

Inter Depositum *judiciale* seu sequestrum, & *extrajudiciale*.

HÆc distinctio ita generatim proposita usum saltem habet theoreticum, quod nempe depositum *judiciale*, seu *sequestrum*, circa res litigiosas solùm, extrajudiciale autem circa non litigiosas versetur, custodia autem utrobique eôdem modô depositario concreditur. Quodsi verò deinde ad subspecies descendimus, usus non contemnendus partim quoad jus Romanum, partim quoad mores nostros apparet, ut ex subsequentibus mox patebit,

DIST. III.

Inter Depositum extrajudiciale *voluntarium* & *necessarium* seu *miserabile*.

USus de jure Romano in eo consistebat, quod actio depositi miserabilis contra inficiantem in duplum dabatur, *l. 1. §. 1. l. 18. ff h. t.* major enim in eo depositario est malitiæ gradus, qui afflicto afflictionem addit & misero novam miseriam, ergò etiam magis coërcebatur, quàm quidem alius quispiam, qui in deposito voluntario restitutionem rei depositæ dolô malô detrectabat.

Hodiè

Hodiè ejusmodi nequam ſine dubiò etiam graviter eſt coërcendus, ſed non præcisè in duplum, quia actiones pœnales illæ apud nos teſte fori experientia non ſunt receptæ. Ipſe B. Brunnem. *add. l. 1. §. 1. h. t. n. 3.* fatetur, actionem in duplum in depoſito miſerabili non frequentari in foro, ſed ſimul tamen negat, eam exoleviſſe. Nobis verò unum ex altero profluere videtur, quod quæcunque actio nunquam in foro fuit frequentata, ea quoque non poſſit eſſe *recepta*, (ita meliùs dicitur, quàm *exoleviſſe*, hoc enim receptionem præcedentem ſupponit.) Meliùs feciſſet notus ille Grœnvvegen, ſi tractatum ſuum non de Legibus *abrogatis*, ſed potius de *non receptis* inſcripſiſſet.

DIST. IV.

Inter Depoſitum judiciale *voluntarium* & *neceſſarium*.

V*oluntarium*, quoniam conſenſu utriusq; litigantium fieri ſolet, in omnibus cauſis eſt permiſſum, ſicut enim quilibet juri ſuo renunciare poteſt, ita ille quoque, qui hactenus in poſſeſſione fuit ejusque favore uti potuiſſet. *Neceſſarium* autem, quod à Judice decernitur invitâ etiam parte, regulariter eſt prohibitum, quia ſcilicet ſpeciem executionis conſtituit, à qua Proceſſus non

est inchoandus, & possessorem beneficio possessionis privat, *v. l. un. C. de probib. sequestr. pecun. c. 1. X. de sequestr. possess.* Excipiunt tamen communiter sequentes casus, si nempe metus *armorum, dilapidationis* aut *fugæ* subsit & sufficiens cautio præstari nequeat à persona suspecta, vid. Gœddeus *de sequestrat. c. 2. num. 16. seqq.* Trentacinqu. *lib. 3. tit. de solut. resol. 12. num. 4. seq.* & quos magno numero allegat Brunnem. *ad d. l. un. C. de prohib. sequestr. pecun.* qui ibi quoque *in fine* rectè monet, quod summariè tamen constare debeat de jure sequestrum petentis & quod illud petat ad conservationem juris sui, Mynsing. *Cent. 2. Obs. 11.*

DIST. V.

Inter Depositum *juris* & *facti*.

Depositum *juris* vocatur, quando Debitor ob Creditoris moram in accipiendo, pecuniam debitam in judicio deponit, præviâ legitimâ & reali oblatione, *v. l. 19. C. de usur. l. 9. C. de solut.* de quo in *speciali tractatu* egit Schultzius, *Witteb. 1632. 12mo*, quem excerpsit Dn. Beyer *Pos. ff. tit. de acceptil. posit. 6. seqq.* Et hoc depositum tendit ad obligationem, quæ anteà suberat, dissolvendam ac per illud dominium in Creditorem transfertur, unde postquam debitum semel ritè

depo-

depositum fuit, casus fortuitus superveniens non ad deponentem amplius, sed ad dictum creditorem pertinet, qui sibi imputare debet, quod non statim receperit rem depositam eandemque ipse melius custodiverit. Ast verò in illo deposito, de quo sub præsenti titulo agitur, inducitur demùm obligatio, quæ antea nondum suberat, & casus fortuitus ad deponentem adhuc spectat, neque enim hîc depositi contractus ad transferendum dominium habilis reputatur.

LIB. XVII. TIT. I.

Mandati vel contra.

DIST. I.

Inter Mandatum *expressum* & *tacitum*.



Xpressum vocatur, quod per verba, *tacitum*, quod per facta contrahitur, v. g. quando quis aliquid me sciente & non contradicente suscipit. Differunt ergò quoad conceptum illa duo mandata, sed in usu praxeos non differunt. Illa enim regula tàm affirmativè, quàm negativè jamdudum communi DD. calculo probata est: *Quicun-*

que expressè consentire potest, ille etiam tacitè hòc facere valet : & contra : *quicunque expressè consentire nequit, ille nec tacitè hoc potest*. Item : *quod taciti & expressi eadem sit vis & efficacia.* Quod propterea semel hîc generaliter monuisse sufficiat, nam ad reliquos cujuscunque generis contractus, qui in tacitos & expressos dispescuntur, eôdem modô pertinet, conf. Excell. Thomasius *in Jurispr. divin. l. 2. cap. 7. §. 24.*

DIST. II.

Inter Mandatum *judiciale* & *extrajudiciale*.

HIc repeti debent, quæ de pactis judicialibus & extrajudicialibus in genere suprà *circ. fin. tit. de pactis* monuimus, quibus adhuc addere posses, actus judiciales facilius probari posse, quàm extrajudiciales. Atq; adeò regulas justitiæ regulariter quidem non exigere, ut aliquid in judicio fiat, benè tamen regulas prudentiæ. Adde & hoc, quod mandata extrajudicialia sint simplicia & nihil nisi qualem qualem consensus declarationem exigant; ast in judicialibus variæ clausulæ requiruntur, unde majori cautione etiam concipienda, ne exceptione insufficientis & inidonei mandati procurator à judicio repellatur, Illustr. Dn. Stryk. *Caut. Contr.*

Sect.

Sect. 2. Cap. 11. §. 1. Unde in multis provinciis certa formularia typis expressa prostant, quæ tollendarum litium & disputationum causâ à partibus subscribi & nomina Procuratorum iisdem inseri solent.

DIST. III.

Inter Mandatum quod fit (1) *mandantis tantum*, (2) *mandantis & mandatarii conjunctim* (3) *mandantis & tertii*, (4) *Mandantis, mandatarii & tertii* (5) *tertii tantum*, (6) *Tertii & Mandatarii* gratiâ.

SEdes hujus distinctionis est in §. *1. 2. 3. 4. & 5. J. de Mandat.* & in *l. 2. ff. eod.* & sic eadem est textualis, non magisterialis; Scio quidem, nonnullos impugnare pleraque hujus distinctionis membra, quod impertinentia sint & ad materiam mandati referri nequeant; sed illis satisfieri posse puto ex iis, quæ hic tradit Struv. *S. I. C. Exerc. 22. th. 8.* Sic e. g. si Mandatum fit *tertii causâ*, non adest quidem obligatio in omnibus casibus ad illud expediendum; quod si tamen ego gesserim hactenus negotia Caji, eaque nunc ulterius Sempronio gerenda demandem, hic Sempronius, postquam semel in se su-

ſcepit expeditionem mandati, ad illud exequendum quoque ſine dubio obſtringitur. Sic, ut verbis dicti Struvii utar, ſi mandavi tibi, ut Titio pecuniam crederes, licet meâ non intereſſet credi, tamen ſi impletum eſt mandatum, tibi contra me ob pecuniam mandatu meo creditam Titio, competit actio mandati contraria.

Quicquid interim ſit de uſu theoretico; uſum practicum, qui in præſenti ad noſtrum ſcopum ſpectat, non adeſſe lubentes fatemur. Omnis enim ille, qui ex mandato agit, intereſſe aliquod docere debet, ut ipſe innuit Ulpianus in *l. 5. §. 6. ff. h. t.* aliàs enim agenti objiceretur exceptio: *Tuâ non intereſt.* Ex quo etiam dubitare liceret contra Struvium, an mandatum *tertii tantum* gratiâ fieri poſſet, cum in exemplo ab eodem adducto mandantis, qui negotia Caji hactenus geſſerat, omninò interſit, ut ea negotia continuentur, ſi ſcilicet connexa ſint. Ergò omnes ſex ſpecies mandatorum in eo conveniunt, quod agens ſemper ad proprium intereſſe provocare teneatur. Quamvis verò meâ hac vice magis interſit, quàm aliâ; hoc tamen non ſtatim conſtituit peculiarem contractus ſpeciem, quoad effectum talem, cùm magis & minùs rem nunquam variare ſoleant. DIST.

DIST. IV.

Inter *Mandatum*, *commendationem* & *consilium*.

IN *mandato*, prout modò dictum, semper ejus vertitur interesse, qui alteri mandavit & propterea a mandatario actione mandati contrariâ ad indemnitatem mandati nomine præstandam conveniri potest, *l. 15. & 20. ff. h. t. l. 12. §. 9. eod.* Secus in *Consilio*, hîc enim, qui consilium dat, nullum planè interesse habet, sed ipsi perinde est, an perficiatur negotium, annon, unde non tenetur, quamvis res malè cesserit & quamvis ille, qui consilium est secutus, illud aliàs planè non fecisset, *v. l. 2. §. 6. ff. h. t.* ubi ratio additur, scilicet, *quia liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium, add. l. 1. §. 14. ff. depos.* Excipitur consilium fraudulentum, ex generali fundamento, quod fraus nullibi impunita esse debeat, *l. 47. de R. J.* In *Commendatione* aliquo quidem modò commendantis interest, sed tamen nec hîc principaliter, & sic indemnitatem non promittit alteri intuitu rei, aut personæ commendatæ, sed tantùm suadet atque adhortatur. Unde Ulpianus in *l. 12. ff. Mandati,* cum quidam, inquit, talem Epistolam scri-

ſcripſiſſet amico ſuo: *Rogo te, commendatum habeas Sextilium Creſcentem amicum meum:* non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis, quàm mandandi cauſa ſcripta eſt. Exceptio eſt inter mercatores. Et huc pertinet *Lib. 3. tit. 10. Jur. Lubec.* Vom Befehlich/ welcher rathsweiſe geſchicht/ ubi ita diſponitu: Will jemand einem frembden ſein Guth nicht verkauffen/und ein ander ſtehet dabey und ſaget: Ihr möget es ihme woll vertrauen/ die Bezahlung wird euch woll: wird der Verkäuffer von dem Käuffer nicht bezahlet/ ſo muß derjenige zahlen/ welcher den Frembden loben thut/ dadurch der Verkäuffer verſichert worden/ quam materiam fuſius proſequitur Finckelth. *Obſerv. 16.*

LIB. XVII. TIT. II.

Pro Socio.

DISTINCT. I.

Inter ſocietatem univerſalem *omnium bonorum* & *bonorum in ſpecie.*

QVomodo quoad conceptum differant hæ duæ ſocietates, ſatis explicat Lauterbach aliique DD. *ad h. t.* ſcilicet in ſocietate *omnium bonorum* ſocius ſocio ad ea quoque communicanda tenetur, quæ titulô *lucrativo* obtinuit, v. g. here-

hereditatis, legati, fideicommissi, donationis, &c. *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. ff. h. t.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 6. tit. 15.* ast in societate *bonorum in specie* (quæ & *generalis* vocatur) ea solùm sibi invicem communicant socii, quæ titulô *onerosô* acquirunt, seu per quæstum & negotiationem, ut communiter loqui sveverunt, *l. 7. ff. h. t.* Felic. *de societ. c. 13. n. 5. seqq.* Usus practicus præcipuè circa quæstionem: *qualis in dubio societas præsumi debeat?* sese exserit. Putamus autem, in dubio societatem omnium bonorum non præsumi, sed pro societate bonorum in specie potius pronunciandum esse. Quoniam enim in priori illa socius filiam socii dotare ejusque filiis sumtus studiorum præbere tenetur, quamvis ipse filios aut filias non habeat, quorum intuitu alter socius idem vicissim præstare possit, *l. 73. §. 1. ibi: utrinque imputandæ ff. h. t.* hinc aperte sequitur, quod dicta societas omnium bonorum involvat speciem alicujus donationis; ast verò hæc nunquam facta esse censetur, *v. l. 7. ff. h. t.* Et hoc ex iis quoque, quæ ante dicta sunt, confirmatur, quod nempe socius etiam ad lucrativa & sic etiam ad thesaurum inventum communicandum, ut vult Felic. *d. tr. c. 12. num. 24.* obstrictus sit, quod iterum donationem involvit. Por-

Porrò, in societate bonorum in specie requiritur proportio lucri percipiendi & damni sustinendi secundum quantitatem rerum illatarum, vel operarum, aut periculi etiam suscepti, *l. 6. & l. 80. ff. h. t.* ast in societate omnium bonorum lucrum & damnum æqualiter dividitur, quamvis res illatæ maximè inæquales sint, Felic. *c. 9. num. 23.* sibi enim imputare debet alter, quod cùm eo, qui parum, aut nihil in bonis habebat, societatem contraxerit, & ergò de damno sibi obveniente conqueri non potest.

In societate omnium bonorum traditione aliqua opus non est, sed res, quæ tempore societatis initæ jam præsentes sunt, ipsô jure traditæ esse censentur, *l. 1. §. 1. junct. l. 2. ff. h. t.* nisi quod juxta *l 3. pr. eod.* nomina cedi debeant pro rata, puto ex illa ratione, quoniam ex hypothesi Juris Romani nomina & actiones ossibus contrahentium adhærent & ab illis sine cessione separari nequeunt. Sed in societate bonorum in specie actualis traditio requiritur, quippe cujus intuitu nulla in Legibus exceptio deprehenditur, unde hic valet, quod aliàs dicitur, contractus consensuales *perfectionem* suam quidem ex solo habere consensu, sed ad *consummationem* eorum traditionem etiam requiri.

Ce-

Ceterùm etiam videri posset, in hoc latere differentiam, quod in *l. 16. ff. de rejudic.* de sociis omniùm bonorum solummodô dicitur, eos frui beneficio competentiæ, non autem de sociis in societate bonorum; Verum enim verò cum in *l. 63. ff. h. t.* (cujus idem est Autor, Ulpianus,) dictum competentiæ beneficium etiam unius rei sociis tribuatur, hinc illud quoque sociis in societate bonorum generali haud denegandum esse videtur, præsertim cum *cit. l. 16. ff. de re judic.* non aperte socios bonorum excludat, vid. Berger *resol. LL. obst. h. t. qu. 15.* Illustr. Dn. Stryk. *not. ad Lauterb. h. t. verb. obst. 16.*

Ex hisce simul constat, quid differentiæ inter societatem universalem & specialem intercedat. Inter societatem generalem & specialem autem nullam aliam reperio quoad effectum differentiam, quàm quod specialis finiatur, quamprimum negotium illud speciale, cujus intuitu contraxerunt socii, finitum est; societas universalis & generalis autem regulariter usque ad dies vitæ durare solet. Fateor denique, societatem universalem hodie admodum raram esse.

DIST.

DIST. II.

Inter communicationem rerum illatarum *quoad fructus tantum*, vel *quoad ipsum dominium.*

USus hic deprehenditur maximus. Si enim communicatio quoad ipsum dominium fit, tunc casum fortuitum in rebus communicatis contingentem uterque sociorum ex æqua parte ferre tenetur, quod secus est in priori casu, ubi res saltem quoad fructus communicatæ fuerunt, ibi enim damnum fatale ad unum socium solummodò pertinet. Sed quæritur: *quidnam in dubio præsumendum sit?* Respondet Lauterbachius aliique, videri debere, quid inter partes actum fuerit, juxta *l. 34. ff. de R. J.* sed cum hoc non semper appareat, ad conjecturas quandoque recurrendum est, ex quo nova quæstio exoritur, in quam partem conjectura tunc tendere debeat? Mihi ita videtur. Societas initur aut *de rebus promercalibus*, quas non ad perpetuum usum servamus, sed mox iterum in alios quæstus causa transferimus, quod fit in societate bonorum in specie & particulari communiter: aut vero initur *de rebus non promercalibus*, quas nobis conservamus, quotannis exinde fructus

fructus percipientes, quod regulariter in societate omnium bonorum obtinere solet. Priori casu puto, quod in dubio præsumi debeat, res quoad ipsum dominium collatas esse, & sic casum fortuitum ad utrumque pertinere, modò actualiter illatæ sint, conf. *l.58.* §.*1.ff.h.t.* secus in casu posteriori. Non obstat *l.58.pr.ff.h.t.* ubi dicitur, si equus tuus (qui cum meis ad venditionem destinatus erat) ante venditionem moriatur, quod tu hoc casu de reliquorum pretio nihil consequaris, & sic periculum ad te solum pertineat; causa enim hujus assertionis est, quia equus nondum actualiter collatus erat, *cum non habendæ quadrigæ, sed vendendæ coita esset societas*, uti verba *d. l.* habent. Ceterum judicium suum hîc cuilibet relinquo. Sanè si unus pecuniam contulit, alter solas operas præstitit, tunc DD. facilè concedunt, & res ipsa loquitur, communicationem quoad fructus solùm factam esse.

DIST. III.

Inter socium nomine *proprio*, aut *societatis* nomine contrahentem.

PRiori casu sibi soli acquirit obligationem & exinde dependens jus agendi, contra ipsum solum quoque vicissim competit actio ei, cum quo contraxit, quia ejus fidem solùm secutus est, non omnium sociorum, nisi res in utilitatem societatis versa probetur, Felic. *de societ. cap. 30. num. 13. & 41.* *Posteriori* casu subdistinguendum: *an præpositus fuerit negotiationi*, tunc enim socii indistinctè obligantur, quamvis res in societatis utilitatem versa non fuerit, ipsi tamen agere nondum possunt, nisi in subsidium, aut nisi actio fuerit cessa, ex subtilitate juris Romani, quia jura quæsita ossibus contrahentium inhærent, à quibus absque cessione separari nequeunt. Quod *si non fuit præpositus*, socios planè non obligat, nisi versio probetur, aut secundum legem societatis contraxerit: sociis etiam hoc casu non competit jus agendi, v. Felic. *d. cap. 30. passim* & quos magno numero allegat Lauterbach. *h. t.*

LIB.

Lib. XVIII. Tit. I.
De contrahenda emtione.

DISTINCTIO I.
Inter Emtionem *naturalem* (f. *œconomicam*) & *artificialem*, (sive *negotiatoriam.*)

Œ*conomica* vocatur, quâ omnes patresfamilias indigent, quando scilicet ea sibi comparant, quibus in re domestica indigent: *artificialis* è contrario, per quam quæstus intenditur, qua occupantur mercatores. Usus se variis modis exserit. Scilicet ab emtione-venditione artificiali sive negotiatoria excluduntur *Nobiles* & in dignitate constituti, *v. l.3. C. de Commerc. & mercat. Clerici, c.15. & 16. X. de vit. & honest. Cleric.* & in aliquibus locis *forenses*, v. Mev. *ad jus Lubec. lib.1. tit.2. art.5*, item apud Romanos *Officiales*, qui officii causâ in provincia agebant, *l.62. pr. h.t. l.46. §.2. ff. de jur. fisc.* sed nemini œconomica est interdicta. Quamvis etiam apud Protestantes clericis permittatur, quod

PRiori casu sibi soli acquirit obligationem & exinde dependens jus agendi, contra ipsum solum quoque vicissim competit actio ei, cum quo contraxit, quia ejus fidem solùm secutus est, non omnium sociorum, nisi res in utilitatem societatis versa probetur, Felic. *de societ. cap. 30. num. 13. & 41. Posteriori* casu subdistinguendum: *an præpositus fuerit negotiationi*, tunc enim socii indistinctè obligantur, quamvis res in societatis utilitatem versa non fuerit, ipsi tamen agere nondum possunt, nisi in subsidium, aut nisi actio fuerit cessa, ex subtilitate juris Romani, quia jura quæsita ossibus contrahentium inhærent, à quibus absque cessione separari nequeunt. Quod *si non fuit præpositus*, socios planè non obligat, nisi versio probetur, aut secundum legem societatis contraxerit: sociis etiam hoc casu non competit jus agendi, v. Felic. *d. cap. 30. passim* & quos magno numero allegat Lauterbach. *h. t.*

LIB.

LIB. XVIII. TIT. I.

De contrahenda emtione.

DISTINCTIO I.

Inter Emtionem *naturalem* (ſ. *œconomicam*) & *artificialem*, (ſive *negotiatoriam*.)

Œ*conomica* vocatur, quâ omnes patresfamilias indigent, quando ſcilicet ea ſibi comparant, quibus in re domeſtica indigent: *artificialis* è contrario, per quam quæſtus intenditur, qua occupantur mercatores. Uſus ſe variis modis exſerit. Scilicet ab emtione-venditione artificiali ſive negotiatoria excluduntur *Nobiles* & in dignitate conſtituti, *v. l.3. C. de Commerc. & mercat. Clerici, c.15. & 16. X. de vit. & honeſt. Cleric.* & in aliquibus locis *forenſes*, v. Mev. *ad jus Lubec. lib.1. tit.2. art.5*, item apud Romanos *Officiales*, qui officii causâ in provincia agebant, *l.62. pr. h.t. l.46. §.2. ff. de jur. fiſc.* ſed nemini œconomica eſt interdicta. Quamvis etiam apud Proteſtantes clericis permittatur,

C 2 quod

quòd jus commercii municipalis, Bürgerliche Nahrung zu treiben / e. g. Bier zu schencken &c. acquirere possint, v. Schilter. *Instit. jur. Canon. lib. 1. tit. 18. §. 12. Ordin. Eccles. Saxon. tit. de privil. & immun. Cleric.* §. 3. solennem tamen mercaturam nedum hodie exercere possunt. Rectè enim monet Schilter *loc. cit.* quod cavere debeat Minister, ne talis negotiatio in detrimentum sacri ministerii quoquô modô vergat, & quod abusu privilegium amittatur. Illud quoque extra dubium est, Nobiles frumenta ex prædiis suis redacta non minus, quàm alios, quæstus causâ vendere posse.

In Saxonia porrò usus hujus distinctionis circa mulieres contrahentes deprehenditur, scilicet, emtionem œconomicam validè celebrant mulieres sine curatoris consensu, Curator enim toties præsens esse nequit, quoties mulieres carnes, pisces & id genus alia coëmunt. At emtio negotiatoria sine Curatoris consensu celebrari nequit, nisi forsan mulieres sint mercatrices, tunc enim aliud dicendum, quia hoc casu mulieres privilegia sua amittunt, cum inter mercatores juxta simplicitatem naturalem procedatur, v. Mevius *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 10. Art. 1. num. 61. 62.*

Oeco-

Oeconomicam quoque illi validè exercent, qui adhuc ſub Tutela vel Cura conſtituti, cum de admodum exiguo eorum præjudicio agatur, quod in concedenda reſtitutione in integrum Prætor attendere non conſvevit. Secus autem in negotiatoria vel artificiali, ubi de majori periculo metus ſubeſt.

Poſſes denique & hoc addere, quod in venditione & emtione œconomica plerumque locum habeat *pretium legitimum*, in artificiali autem *arbitrarium*; ſed de uſu hujus diſtinctionis mox in materia de pretio in ſpecie agetur.

DIST. II.

Inter emtionem-venditionem *ſine ſcriptis* & *in ſcriptis* factam.

TErmini quidem hujus diſtinctionis nullâ indigent explicatione; ſed uſus exinde apparet, quando controvertunt: *utrum in dubio partes ſcripturam in emtione adhibentes eandem tanquam partem eſſentialem, vel melioris ſaltem probationis gratiâ adjecerint?* ſeu, quod idem eſt: *Utrum emtio in dubio ſine ſcriptis, an verò in ſcriptis facta eſſe cenſeatur?* Hæc controverſia ventilata fuit inter Illuſtr. Dn. Strykium & Conſultiſſ.

Dn. Wilhelmum Leiserum, Professorem Wittebergensem, prout ex tractatu *de Cautel. Contract. Sect. 2. Cap. 8. §. 2. & 3.* nec non *ex additamento ad dict. tract. citati Viri Illustris* videri potest. Scilicet B. Brunnem. *in Comm. Cod. ad l. 17. C. de fid. instr.* (in *qua lege* sedes est hujus materiæ) expressum pactum desideraverat, atque adeò si illud non adsit, scripturam in dubio non ad essentiam, sed ad meliorem solummodò probationem à partibus adhibitam esse affirmaverat, quod impugnandum sibi sumebat Leiserus, cui deinde in Cautelis Contractuum responsum fuit. Nostrum non est, ut omnia, quæ ab utraque parte adlata fuerunt argumenta, hîc inseramus, quippe quæ in citato Tractatu legi & videri possunt; hoc saltem dicimus, DD. in eo convenire omnes, quod in dubio partes ab ordinaria negotiorum humanorum natura recessisse non præsumantur, nisi aliud liquidissimè doceatur, cum autem natura emtionis-venditionis hæc sit, ut *solo consensu* perficiatur, hinc applicatio sine dubio facilè fieri poterit. Nondum ergò scriptura ad essentiam emtionis-venditionis pertinet, quamvis in actu contrahendi partes petierint, man solle Feder und Tinte herein geben / oder man solle einen Notarium

rium hohlen/ welcher den Kauff-Contract auffsetzen könne/ quod volebat Leiserus, hæc enim verba ex substratæ materiæ natura explicari debent; sed requiritur, ut partes dixerint, *perfectum non prius esse debere contractum, nisi instrumento completo:* vel, *se non aliter, quam in scriptis contrahere velle:* item: Zu wissen/ daß heute *dato* ein schrifftlicher Kauff geschlossen/ v. *cit. additam.* §. *XVI.* ubi aliæ adhuc formulæ deprehenduntur.

Sed quisnam, dicis, est hujus controversiæ usus? Maximus sanè, si enim expressè conventum, quod emtio in scriptis celebrari debeat, partibus facultas pœnitendi tamdiu salva manet, quamdiu scriptura & ei accedens subscriptio & subsignatio nondum completa est. At verò, si scriptura probationis saltem gratiâ adhibetur, (quod in dubio præsumendum esse modò diximus,) neutri parti facultas pœnitendi competit, quamvis ne verbulum quidem literis consignatum fuerit, quod in reliquis contractibus consensualibus pariter observandum.

DIST. III.

Inter emtionem *spei* & *rei speratæ.*

Dupliciter explicant hanc distinctionem DD. *Primò* quidem ita: Emtio rei spe-

ratæ dicitur, quando quis emit rem, quæ nondum existit, *naturaliter* tamen produci solet, v.g. fructus futuri anni: spei autem emtio, quando quis illud emit, quod non naturali ordine, sed *per accidens* percipitur, v.g. jactus retis, de quo in *l.12. ff. de act. emt.* juxta hanc explicationem usus distinctionis in oculos incurrit, scilicet emtio spei pura est, & inde, etiamsi nihil captum, integrum tamen pretium exolvendum, cùm spes & alea locô rei venditæ sit, v. Molina *de I. & I. tr. 2. Disp. 340. n. 14.* Mantica *de tac. & ambig. convent. lib. 4. tit. 18.* Emtio autem rei speratæ tacitam in se continet conditionem, *si fructus nati fuerint*, unde si nihil natum, nihil etiam debetur, sed potius pretium, si jam in antecessum solutum, iterum repetitur; è contrario si aliquid, licet minimùm natum fuerit, emtor ad integrum pretium obligatur, Illustr. Dn. Stryk *Caut. Contr. Sect. 1. c. 3. §. 4. & sect. 2. cap. 8. §. 9. & 10.*

Deinde nonnulli etiam ita explicant traditam distinctionem, ut quoad res, quæ per accidens percipiuntur, subdistinguant, an nempe aliquid v. g. *pro piscibus extrahendis*, Was soll ich euch geben vor die Fische/ so ihr in diesem Zuge fangen werdet; utrum verò

pro jactu retis, was soll ich euch vor den Zug geben? promissum fuerit. Priori casu vocant *rei speratæ*, posteriori autem *spei* emtionem, quò collimat Lauterbach *Comp. jur. h. t.* ibique Illustr. Dn. Stryk *verb. si nihil captum*. Mihi quidem illa explicatio non adeò absurda esse videtur; sed cùm plerosque interpretes eandem rejicere videam, hinc usum ejus practicum Lectori commendare non audeo.

DIST. IV.
Inter emtionem rei *demonstrative*, *restrictive* & *modificative* factam.

DEmonstrativè emtio facta esse dicitur, quando corporis primò fit mentio & deinde etiam quantitatis secundariò, v. g. Es verkaufft Cajus dem Sempronio allen in seinem Keller vorjetzo befindlichen Wein/ welcher etwa 12 Eymer austragen wird. Dicitur etiam emtio *per aversionem* facta, überhaupt / im Pausch und Bogen.

E contrario, si emtio *restrictivè* fit, primariò ad certam quantitatem respexerunt contrahentes, v. g. Es verkaufft Mevius dem Ulpiano 12. Eymer Weins / welche ihm aus seinem / des Mevii Keller / sollen geliefert werden.

Modificativè autem contrahitur, quando

quidem corporis primò fit mentio, quantitas tamen ut modus adjicitur, sine quo quis contracturus non fuisset, v. g. Es verkaufft Titius dem Javoleno allen in seinem Keller befindlichen Wein/iedoch will Titius zum wenigsten 12. Eymer gewehren.

Usus distinctionis in eo consistit. Si venditio *demonstrativè* celebratur, tunc contractus mox est perfectus & periculum emtoris, nec diminuitur, vel augetur pretium, si plus vel minus deinde factâ mensuratione deprehendatur, quàm quidem ab initio putârunt contrahentes, Mantica *de tac. & ambig. convent. lib. 4. tit. 17. num. 2.* Carpzov. *Lib. 5. Resp. 25. num. 6.* Illustr. Stryk *Caut. Contract. sect. 2. cap. 8. §. 30.*

Secus, si *restrictivè* quid venditum. Tunc enim periculum ante mensurationem ad venditorem spectat, cum antequam illa facta, contractus ratione periculi perfectus non sit, *l. 2. C. de peric. & commod. rei vend.* quantitatis etiam defectus & excessus pertinet vel ad damnum, vel ad emolumentum venditoris, Carpzov. *loc. cit. n. 16.*

Denique si *modificativè* contractus initus est, periculum statim emtoris est, cum contractus sit purus modusque adjectus ejus validitatem non suspendat. Si tamen minùs

nùs reperitur, quàm in adjecto modo expressum fuit, hoc damno venditoris cedit; si plus, hoc emtor tanquam lucrum retinet. Modus enim in favorem emtoris, non venditoris, adjectus fuit, conf. B. Brunnem. *in pecul. Disp. de vendit. ad corpus & quantitat. passim.* Molina *de J. & J. Tr. Disp. 367. num. 9.*

DIST. V.

Inter Venditionem *uno nummo* & pro *justo pretio* factam.

PRior revera non est emtio, sed donatio, *arg. l. 10. §. 2. ff. de acqu. vel amitt. possess.* neque in *l. 66. ff. de jur. dot.* contrarium asseritur, sed illa ipsa lex in verbis: *remedii loco &c.* indicat, sermonem ibi esse de venditione imaginaria, v. Gothofred. *in not. ad d. l.* Dicitur autem venditio unô nummô facta, quoties pretium pro re vendita oblatum, ne minimam quidem proportionem cum eadem re habet, unde si e. g. prædium, cujus verum pretium est 2000. thal. pro 50. thal. venditur, tunc etiam 50. thal. hoc respectu & in sensu juridico unus nummus dicuntur, quamvis juxta sensum grammaticum aliud dicendum foret.

Usus distinctionis in eo consistit: Veram venditionem omnes celebrare possunt, qui

aliàs

aliàs ad celebrandos contractus idonei ſunt; aſt ſimulatam non omnes. Sic e.g. ſi conjux conjugi aliquid pro uno nummo vendidit, negotium non ſubſiſtit, quia Conjuges ſibi donare prohibentur, v. *l.38. ff. h.t.* ſic quoque venditio unô nummô facta inſinuationem judicialem requirit, ſi res imaginariè vendita pretium quingentorum ſolidorum excedit, nec non ob ingratitudinem emtoris iterum revocari poteſt à venditore, quæ omnia in vera venditione ſecus ſe habent.

DIST. VI.
Inter *Emtionem* & *Pactum de emendo*.

E*Mtio* dicitur, quando non ſolùm de *re vendenda*, ſed etiam de *certo pretio* conſtat, hæc duo enim ad eſſentiam hujus contractus pertinent. Aſt in *pacto de emendo*, de *re* ſaltem conſtat, non autem de *certo pretio*, ergo alterum requiſitum deficit & ſic nec actio ad tradendum, nec ad pretium ſolvendum exinde proficiſcitur. Hunc tamen effectum ejusmodi pacto tribuunt, ut ſi res in eodem ſtatu permanſerit, venditor huic potiùs, quam alteri cuidam rem ſuam vendere teneatur, ſuppoſitô ſcilicet, quod

quod hic paciſcens idem pretium, quod alter forſan obtulit, cum iisdem conditionibus ſolvere paratus ſit, v. Illuſtr. Dn. Stryk *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. Differat.*

DIST. VII.
Inter pretium *legitimum* ſ. *legale*, & *arbitrarium*.

L*Egale* imponitur à Legislatore regulariter illis rebus, quibus quotidie indigemus, v.g. pani, cereviſiæ, carnibus, &c. *arbitrarium* autem quilibet privatus pro ratione circumſtantiarum determinat in rebus reliquis, v.g. ædibus, fundis, &c.

Quoad uſum hæc cape. Legale pretium accuratè eſt obſervandum, eôque non obſervatô contrahentes ſtatim de læſione queri poſſunt, quamvis læſio ſit minima, *arg. l. 5. C. de LL.* conf. *text. 2. F. 27. §. 4.* ſed in pretio arbitrario nemo de læſione querens auditur, niſi læſio dimidium juſti pretii excedat, v. *l. 2. C. de reſc. vend.* Excell. Dn. Thomaſius *jurisprud. divin. l. 2. cap. II. §. 54. ſeqq.* ubi in ſpecie *§. 57.* notat, quod intuitu pretii legitimi interdum nec minus accipere liceat, ſi e. g. determinatio ejusdem pretii ad prohibitionem monopoliorum reſpexerit. Curioſum exemplum ad hanc mate-

materiam pertinens refert Pufendorff. *de J. N. & G. lib. 5. cap. 1. §. 8. in fin.* in Civitatibus Græciæ receptum fuiſſe, ut venditores piſcium non ſedere deberent, ſed ſtare, ut ſtandi tædio laſſitudineque confecti quàm recentiſſimos & pretio æquo venderent.

DIST. IIX.
Inter *ſubſtantialia*, *naturalia* & *accidentalia* contractuum.

PErtinet quidem hæc diſtinctio ad materiam de contractibus in genere; ſub præſenti tamen titulo à Lauterbachio tractatur, cujus veſtigia ſequi voluimus. Scilicet *ſubſtantialia* vocantur, quæ ad conſtitutionem alicujus contractûs neceſſario requiruntur, & propterea per pacta adjecta mutari nequeunt, quemadmodum homo eſſe nequit, cui vel anima rationalis, vel corpus humanum deeſt, v. *l. 36. ff. h. t.* ubi dicitur, *quod non videatur vendere, qui in venditione rei pretium ponit, donationis causa illud non exacturus.* Talia ſubſtantialia ſunt in *mutuo*, ut rei fungibilis dominium transferatur: in *commodato*, ut rei non fungibilis uſus certus concedatur, (hinc ſi dominium in commodatarium transfertur, fit commodatum irregulare, Mantica *de tac. & ambig. conv. lib. 9. tit. 3. num. 10.*) in *Depoſito,*

sito, ut custodia alteri demandetur, si enim jus utendi consequitur depositarius, fit iterum irregu lare depositum, id est, planè desinit essepositnm & fit mutuum: in *pignore*,ut nudum jus detinendi consequatur creditor: in *emtione*,ut res pro certo pretio tradatur: in *locatione*, ut usus rei vel opera pro certa mercede præstetur: in *feudo*, ut dominium utile sub lege fidelitatis concedatur,& ita in reliquis.

Naturalia dicunt, quæ regulariter contractum jam constitutum consequuntur, non minùs, quàm ut in homine, postquam ex anima & corpore constitutus est, partes integrales ,manus,brachia, pedes,&c. regulariter adesse solent. Sed quemadmodum defectus ejusmodi partium integralium essentiam humanam non tollit: ita quoque licet naturalia contractus absint, contractus ipse tamen propterea novum nomen neutiquam consequitur. Sic in *mutuo* ad naturalia refertur, quod gratis fiat: In *commodato*, quod culpa levis: in *emtione*, quod itidem culpa levis & evictio præstetur,idem in *locatione*. In *feudo*, quod servitia præstentur:quod soli masculi succedant: quod feudum gratis concedatur, &c. quæ omnia ipsis tyronibus nota sunt, & sic probatione aliqua non indigent.

Ac-

Accidentalia denique sunt, quæ à partibus adjiciuntur, nec regulariter adsunt, prout interdum homines deprehenduntur, qui sex digitos habent, vel quibus etiam una ex partibus integralibus deest. Sic in *mutuo* interdum præstantur usuræ, cum tamen mutuum suâ naturâ sit gratuitum: in *commodato* interdum commodatarius ad levem saltem culpam obstringitur: in *pignore* verò & in *emtione* aliisque similibus contractibus non raro ad levissimam. Ita in emtione sæpè remittitur necessitas evictionis: fides habetur de pretio: adjicitur pactum addictionis in diem, Legis commissoriæ, de retrovendendo, & similia: in *locatione* merces per anticipationem solvitur, aut conductor casus fortuitos in se recipit: In *feudo* interdum fœminæ succedunt: servitia remittuntur, unde feudum francum: feudum emitur, & quæ sunt sexcenta in reliquis contractibus alia.

Ex adductis quoad usum sequentes profluunt assertiones:

Essentialia non solùm adesse præsumuntur, sed nec pacto contrahentium salvô contractu mutari possunt.

Naturalia adesse quidem præsumuntur; sed pactô tamen mutari possunt, quamvis

ille,

ille, qui hoc factum esse dicit, ad ejus probationem obstringatur, cum scilicet partes in dubio à dispositione juris communis recessisse non videantur.

Accidentalia adesse non præsumuntur, adjici tamen possunt, & tunc illi, qui hoc asserit, itidem necessitas probandi incumbit.

Consveverunt nonnulli adlata hæcce sequentibus terminis succinctè exprimere: quod essentialia *debeant:* naturalia *soleant:* & denique accidentalia adesse *possint.*

DIST. IX.

Inter Naturalia *interna* & *externa.*

HAnc distinctionem tanquam à se primitus inventam tradit atque multis commendat Udalr. Zasius *in intellect. juris singular. rubr. de substant. & natural. contract. p.m. 88.* Naturalia *interna* vocat, quæ per naturam cohærent & ex visceribus contractuum sumta, quasi intrinseca qualitate insunt, tanquam virtus à propria contractus specie producta. Logici, addit, propriam passionem rerum nominant, velut ab essentialibus principiis enatam. Tale est, ut in contractu emtionis dominium per traditionem in emtorem transeat, nec non, ut in

locatione conductor facultatem utendi re locatâ consequatur. Lauterbach *ad. h. t.* huc quoque doli præstationem retulit.

Externa describit idem Zasius, quæ contractibus ex consvetudine adsunt, & non alia ratione naturalia dicuntur, nisi quod frequentiori & assidua consvetudine, quæ in nomen naturæ transiit, ad contractus accesserunt. Huc refert evictionis & culpæ præstationem, & reliqua, quæ nos antea ad naturalia in genere retulimus.

Usum distinctionis esse dicit Zasius, quod naturalia quidem externa pactis contrahentium mutari possint, non autem interna, v. g. ne dolus præstetur, ne dominium in emtione transferatur &c. quò ipso, subjungit, commodè respondi posset ad *l. 80. §. fin. ff. de contrah. emt.* & ad *l. 24. ff. depos.* juxta quos textus aliàs ex mente Zasii naturalia mutari nequeunt, unde maximam in explicando difficultatem orituram esse putat, nisi quis illas duas naturalium species admittere vellet.

Quamvis verò illa subtiliter disputari possint, (ipse enim Zasius fatetur, rem eam egere ingenio & quidem instructo, nè substantialia cum naturalibus inseparatis misce-

sce-

ſceantur) quantum tamen ad uſum practicum attinet, inter illa duo, *ſubſtantialia* contractuum eorumque *naturalia interna*, nulla differentia adeſſe & ſic entia præter neceſſitatem multiplicari videntur. Omnia enim, quæ de ſubſtantialibus prædicantur, etiam de memoratis naturalibus internis prædicari poſſunt & vice versa. At verò duas res, de quibus eadem in univerſum & affirmantur & negantur, nihilominus diverſas ſpecies eſſe poſſe, ex regulis Logicorum non recordor. Conſenſus eſt ſine dubio primum omnium contractuum ſubſtantiale, ergò & ad eorum ſubſtantiam pertinet, ut dolus conſenſui oppoſitus exulet. Ita quoque ſine dubio ad eſſentiam emtionis pertinet, ut dominium per traditionem transferatur, aliàs enim non eſſet emtio, id eſt, titulus dominii acquirendi habilis. Et ſine cauſa Zaſius *cit. leges* tanquam obſtantes & difficilis interpretationis ſibi imaginatus eſt; cùm in illis, quantum ego quidem legere potui, hoc non dicatur, quod ea, quæ adduxit Zaſius, ad naturalia pertineant. Et quid ſi hoc etiam in iisdem vel in aliis juris textibus diceretur? Abuſivè hoc fieret, ut ſæpè in aliis caſibus,

ſibus, ſed eo ipſo nova diſtinctio non introduceretur.

Reliquæ Diſtinctiones de pactis mutantibus vel adjicientibus aliquid; de pactis ex intervallo & in continenti adpoſitis, &c. jam ex iis, quæ ad tit. *de pactis* in genere diximus, dijudicari poſſunt.

DIST. X.

Inter Jus προτιμήσεως & *retractus*.

PRofluunt hæc duo ex uno eodemque fonte, & cuicunque competit jus protimiſeos ſive ex ſpeciali pacto, ſive immediatè ex Legis diſpoſitione, ille etiam jure retractus gaudet, & vice verſâ. Differunt ergò ſolummodò quoad diverſum conceptum. Jus *protimiſeos* eſt facultas, venditionem adhuc perficiendam oblato eodem pretio, quod tertius ſolvere paratus erat, *impediendi*; jus *retractus* è contrario, venditionem jam perfectam (ſcilicet, quæ me non conſentiente nec juri meo renunciante celebrata) iterum *reſcindendi*. Plura ad hanc materiam pertinentia collegit ex Tiraquello aliisque Gothofr. Anton. *Diſp. feudal. 10. theſ. 1.*

DIST.

DIST. XI.

Inter *Jus retractus* & *pactum de retrovendendo.*

SÆpè quidem Jus retractus tàm latè à DD. accipitur, ut quoque pactum de retrovendendo sub se comprehendat; interim tamen accuratè loquendo alterum ab altero longè est diversum. Scilicet propter præcedens pactum de retrovendendo venditori intra vel post præfinitum tempus rem venditam *simpliciter & absque ullo respectu* reemere permittitur; ast jus retractus locum non habet, nisi eô casu, *quando emtor rem emtam in tertium extraneum ulterius transferre intendit*, unde si liberi succedant patri mortuo, vel pater etiam vivus liberis suis eam rem cedat, jus retractus nondum locum invenit, quia hîc non subest alienatio in tertium aliquem, v. Faber *in Codic. lib. 8. tit. 38. D. 21.* Illustr. Dn. Stryk *in not. ad Lauterbach. h. t. Verb. iterum vendita.*

DIST. XII.

Inter jus retractus *ex Lege*, & *ex conventione* competens.

HUjus distinctionis mentionem paulò ante injecimus sub *Dist. X. h. tit.* quæ adeò

nunc aliquantò accuratius excutienda erit. Scilicet, si ex *ipsa lege* competit jus retra-ctus, tunc res contra legis dispositionem tertio vendita, à quocunque possessore iterum repeti potest, modò hoc intra annum à die adeptæ scientiæ, rem venditam esse, suscipiatur *v. 2. Feud. 26. §. Titius.* Carpzov. *P. 2. C. 32. Def. 2.* unde hæc actio communiter etiam illis, quæ in rem scriptæ dicuntur, accenseri solet, Gail. *2. Obs. 19. num. 6.* v. Struv. *Jurispr. Rom. Germ. l. 3. tit. 11. aph. 33.* Idem est, si jus retractus *ex testamento* mihi competat, quamvis hîc nonnulli dissentiant, v. Struv. *l. c. aph. 21. in f.* Verùm enimverò quotiescunque quis dictô jure *ex conventione* fruitur, tunc cautus esse debet, ut interveniat, antequam res vendita novo emtori tradita fuerit? Post traditionem enim jus retractus adhuc quidem effectum suum habet, non tamen talem, ut tertium possessorem convenire possim, sed contrà illum solummodò, qui vendendo leges pacti violavit, actio ad interesse datur, idque intra 30. annos. Exceptio esset, nisi quis hypothecam sibi constitui curasset, vel pactum etiam commissorium adjecisset, tunc enim actione hypothecaria, vel ipsa rei vindicatione adversus quemcunque possessorem

intra tempus hisce actionibus præfinitum experiri liceret, conf. Illustr. Stryk. *de invest. action. sect. 1. membr. 6. §. 24. 25. 26.* Thom. Maul. *de emt. vendit. tit. 7. num. 81.* Carpzov. *loc. cit. Def. 8. 9.* Struv. *alleg. loc. aph. 21.*

Deinde hoc quoque tanquam notabilis differentia observandum, quod jus retrahendi ex pacto competens cuilibet cedi possit, nisi ad personam paciscentis restrictam sit, Mod. Pistor. *p. 3. qv. 169.* Maul. *d. l. tit. 7. n. 46.* quod secus in eo, quod ex legis dispositione competit, Boer. *decis. 159.* Struv. *d. l. aph. 23. & 32.* qui etiam omnes casus, quibus ex ipsa lege jus retractus competit, accuratè recenset *aphor. 25. seqq.*

LIB. XIIX. TIT. II.
De in diem addictione.

DISTINCT. I.
Inter Pacta, quæ *ex tunc* & quæ *ex nunc* venditionem factam resolvunt.

TErmini hujus distinctionis paululum obscuri sunt, non tamen utilitate sua destituuntur, si quis ritè eos intelligit. Scilicet, si pacta venditionem

resolvunt *ex tunc*, tunc retrotrahuntur ad tempus initi contractus & perinde habetur, ac si contractus nunquam celebratus fuisset, unde etiam ille, qui hactenus rem emtam possedit, omnes fructus & accessiones unà cum ipsa re principali restituere tenetur. Exemplum est in pacto addictionis in diem & L. Commissoriæ, v. *l. 4. §. 4. l. 6. pr. l. 16. ff. h. t. l. 5. l. 6. §. 1. ff. de L. Commissor.*

Quoties verò venditio *ex nunc* resolvitur, v. g. in pacto de retrovendendo, toties emtor omnes ac singulos fructus durante tempore retrovenditionis perceptos irrevocabiliter retinet, nec venditori, qui posteà rem vihujus pacti recipit, ad eos consequendos ulla suppetit actio, conf. *l. 2. C. de pact. inter emt. & vendit. compos.* ibi: *habitâ ratione eorum, quæ post oblatam ex pacto quantitatem.*

DIST. II.

Inter Addictionem in diem *tacitam* & *expressam*.

TAciti quidem & expressi eandem esse vim & efficaciam alibi diximus & sic hôc intuitu nullus adlatæ distinctionis usus deprehenditur; exerit se tamen ille intuitu quæstionis: *annon interdum addictio in*

emtio-

emtione subintelligatur, quamvis expressa non fuerit? Hic distinguendum est, utrum vendita sit res à *privato* aliquo, an verò ab *ipso Fisco.* Priori casu addictio in diem tacita nunquam subintelligitur, sed indistinctè & necessariò adjicienda est, si quis ejusdem effectibus perfrui velit; ast posteriori casu ejusmodi adjectio expressa non requiritur, sed addictio in diem venditionibus Fiscalibus ex legis dispositione jam inest, *l.21.* §.7. *ff. ad municipal. l. 4. C. de fid. & jur. hast. fisc.* ibique Gothofredus *in not.* Cujac. *l.2. obs.24.* modò tamen adjectio ab alio licitatore intra tempora subhastationi præfinita fiat, quæ tempora pro diversitate provinciarum admodùm variant.

DIST. III.
Inter addictionem in diem sub conditione *suspensiva* & *resolutiva* factam.

EXplicatur hæc distinctio in *l.2. pr. ff. h.t.* Quod si enim Partes dixerunt: *ut meliore conditione allata* (ab emtione) *discedatur*, resolutiva; si ita: *ut perficiatur emtio: nisi melior conditio offeratur*, suspensiva conditio adest.

Usus practicus maximè in quæstione de-

ſuſtinendis caſibus fortuitis rei venditæ accidentibus deprehenditur. Quod ſi enim per modum conditionis ſuſpenſivæ addictio in diem adjicitur venditioni; caſus fortuitus eâ pendente accidens ad venditorem pertinet, quia ipſe adhuc fuit Dominus: contrà, ſi res ſub conditione reſolutiva alicui addicitur, dominium ſtatim ad emtorem tranſit & per conſequens hic etiam ex naturâ dominii damnum fatale pati tenetur, *l. 2. §. 1. l. 3. & l. 4. ff. b. t.* Dion. Gothofr. *ad d. l. 2. §. 1. b. t.*

Porrò in priori caſu emtor nec uſucapit, nec fructus percipit; benè tamen in poſteriori, *dd. text.* modò ſcilicet melior non adferatur conditio, tunc enim omnia reſtituenda ſunt. Quod & tunc obtinet, licet primus emtor ad idem ſolvendum paratus ſit, quod tertius aliquis obtulit. Ad *idem*, inquam, ſolvendum. Quamvis enim Dn. Beyer *in Poſit. b. t. poſit. 17.* in eâ opinione ſit, *quaſi in venditionibus privatis prior poſteriorem in pretio ſuperare debeat, & quod textus communiter afferri ſoliti aliud non probent*; neſcio tamen, quid ſibi velint verba Pauli *in l. 8. ff. b. t.* quando dicit, venditorem meliore conditione adlatâ priorem emtorem certiorem facere debere, *ut ſi*

quid

quid (non plus quam) *alius adjicit, ipse quoque adjicere possit.* Neque refragantur verba ejusdem Pauli *in l. præc. 7. h. t.* ibi: *nisi prior paratus sit plus adjicere;* hîc enim τὸ *plus* non refertur ad illud, *quod secundus emtor obtulit*, sed ad pretium *ab ipso priori emtore oblatum*, cui nostræ opinioni præterea etiam praxis suffragatur.

DIST. IV.

Inter pactum addictionis verbis *directis* & *obliquis* conceptum.

PRius fit per verba resolutionem prioris contractûs directo & ipsô jure atque sine ullo emtoris facto intercedente inferentia, v.g. *res esto inemta, contractus esto nullus, liceat venditori rem suam vindicare, recipere, &c.* & tunc, quamvis emtor rem sub hoc pacto emtam de facto interim alienaverit venditor tamen eandem à quocunque possessore vi Dominii sibi competentis vindicare poterit. Secus est, si verba ita concipiantur, *quod emtor meliore conditione adlata rem restituere teneatur, &c.* tunc enim venditori nuda personalis actio adversus emtorem ad illam restitutionem faciendam competit. Unde est, quod svadet Illustr. Stryk *in Caut. contract. sect. 2. Cap. 8.* §. 27.

§.27. venditorem, si cautè procedere velit, directis potius, quam obliquis verbis uti debere. Idem in reliquis pactis resolutivis observandum.

Lib. XIIX. Tit. III.
De Lege Commissoria.

DISTINCT. I.
Inter L. Commissoriam *cum die* & *sine die*.

Usus in eo consistit, quod *priori* casu mora sine ulla interpellatione contrahatur, cum & hic dies pro homine interpellet, quam tamen moram emtor tamdiu purgare potest, quamdiu venditor nondum declaravit, utrum jure suo uti velit, an minus. *Posteriori* casu ad id, ut emtor in mora constituatur, interpellatione sine dubio opus est, v.g. si dixerit emtor, Er wolle das Kauffgeld in kurtzem bezahlen / hoc enim in puncto non consistit. Verùm enimverò licet ita mora ex interpellatione oriatur, eam tamen usq; ad litiscontestationem purgari posse, asserunt DD. conf. Lauterbach. *ad h.t.*

LIB. XIIX. TIT. IV.
De Hereditate & actione vendita.

DISTINCT. I.
Inter Hereditatem *delatam* & *futuram*, & hanc vel *tertii certi*, vel *incerti*.

Hereditas jam delata non minus dispositioni nostræ subjacet, quàm aliæ res, & ergò eandem quoque vendere sine dubio permissum. Ast in hereditate futura non item. Hic enim subdistinguendum, an vendatur hereditas tertii *certi*, utrum verò alicujus *incerti*. *Priori* casu venditio non est permissa, ob votum captandæ mortis, nisi tertius ille consentiat & in eodem consensu persistat, v. *l. ult. C. de Pact.* Secus autem est *posteriori* casu, ubi ejusmodi præsumtum votum captandæ mortis cessat, & sic quoque ratio *all. l. ult.* deficit, in qua lege dicitur, pacta de hereditate tertii certi odiosa esse & tristissimi & periculosi eventûs plenissima, atque adeò contra bonos mores ea impingere, v. Hartman. Pistor. *P. 4. qu. 1. n. 5. & 29.*

DIST.

DIST. II.

Inter Pacta de hereditate *conservativa, acquisitiva, restitutiva & renunciativa.*

PActa *conservativa* vocantur, quæ inter cognatos, jure successionis ab intestato jam aliàs gaudentes, interponuntur, eô fine, ne forsan à sperata successione per testamentum cognati excludantur. Talia sunt, quando e.g. filius metuit, ne à patre propter delictum ex *Nov. 115.* admissum exheres fiat, & propterea cum eodem paciscitur. Item, quando frater cum fratre pactum init, ne facto testamento extraneum instituat, v. Struv. *S.J.C. Ex.10. th.11. in fin.* Hæc ipsô jure Romano (& sic multò magis moribus nostris) permissa esse, ostendit Illustr. Stryk *in tr. de success. ab intest. Diss.8. Cap.12. §.16. & 17.*

Acquisitiva sunt, quibus novum planè jus successionis nobis obvenit, quod aliàs nec ex jure civili, nec ex Prætorio habebamus. Hæc jure Romauo militibus quidem permittuntur, *l.19. C. de Pact.* neutiquam verò paganis, idque, sive simplicia sint, sive reciproca, prout contra Gailium, Musculum alios-

alíosque ostendit Id. *d.l.* §.*19.seqq.* Sed quid moribus nostris? inter Personas illustres, Status scilicet Imperii aliosque Imperio immediatè subjectos, ea licita esse, unanimis DD. est assertio, unde pacta *confraternitatis* & *Ganerbinatus* originem habent, v. Hahn *de jur. rer. conclus.74. num.34.* Myler. ab Ehrenbach *de Princ. & Stat. Imper. P.1. c.25.* §.33. Strauch *Dissert. Acad.3. aph.7.* de Nobilibus mediatis idem asserit Nic. Betf. *de pact. famil. cap.5.* verum reclamat reliquorum cohors, & sic illis quoque, qui civici ordinis sunt, hoc jus ineundi pacta denegat. Rationem differentiæ adducunt, quia Principes Imperii legibus civilibus sunt soluti & sic quoad successionem proprias leges sibi ipsis condere possunt, Betf. *loc. cit. cap.4.* Klock *Tom.3. Consf.150. n.6.* Illustr. Dn. Stryk *cit. tr. Diss.8. c.7.* §.*19.* quod aliter sese habet intuitu subditorum quippe quos jus civile adhuc stringit. Concedunt tamen privatis pacta *inter conjuges* & *unionis prolium*, de quibus prolixè agitur in *d. Diss. 8. cap.5. & 6.*

Restitutiva pacta involvunt fideicommissum aliquod, dum de unius ex paciscentibus propria hereditate alteri paciscentium, aut illi, cui is vult, restituenda ineuntur. Hæc jure

jure Romanô jam licita fuisse probatur *cit. loc. cap.9.* §.4. & *cap.12.* §.37. hodiè inter familias illustres præcipuè frequentantur, unde bona *Majoratus* seu *Senioratûs*, *d. Cap. 9.* §.7.

Denique *renunciativa* vocantur, quando quis hereditatem aliàs ad se pertinentem spontè omittit, v. g. si filius propter acceptas studiorum impensas, vel filia propter acceptam dotem, reliquæ hereditati paternæ renunciat. De hac quidam disputant, utrum de jure Romano valuerit, annon, &. non pauci negativam defendunt; verùmenimverò ut rationes ab utraque parte adferri solitas prolixè hic recenseamus, instituti nostri non est, videsis Illustr. Dn. Stryk. *d. Diss.8. Cap.12.* §.38. *seqq.* qui affirmativam propugnat. Nobis sufficere potest, quod juxta mores hodiernos validitas ejusmodi pactis non denegetur, idque sive à privatis, sive ab illustribus personis celebrentur, v. Carpzov. *P.2. C.35. Def.8.* Exempla habes in *cit. tr. de success. ab intest. diss. 8. c. 10.* §.4. *seqq.* v. Guttierez *in c. quamvis 2. de pact. in 6. verb. filia num.4.* Struv. *Exerc.35. thes.50.* Id probè hic observandum, quod non nuda sufficiat renunciatio, sed quod ea juramentô confirmari debeat, *c.2. de pact. in 6.*

Coler.

Coler. *Decis.38.* adeo, ut assertionem bey Fürstlichen/Gräfflichen/Adelichen Ehren/ item an Eydesstatt/non sufficere statuant, Kellenbentz *de renunciat. success. quæst.3.* secus de jure Saxonico communi, ubi tale juramentum non exigitur, sed sola renunciatio sufficit, Land-R. *lib.1. art.13.* Richter *Decis. 69. num.7. seqq.* Struv. *cit. Exerc.38. th.50.*

DIST. III.
Inter Venditum nomen *verum* & *bonum*.

DUplex in nominibus cessis moveri solet quæstio: (1) *an revera debeatur?* & (2) *an etiam debitor solvendo sit?* Ex affirmatione prioris, *veri*; ex posterioris autem, *boni* nominis prædicatum oritur. Non sunt hæc nuda saltem vocabula, ab otiosis metaphysicis inventa, sed effectum quoque post se trahunt. Quæritur enim: *an cedens ad utrumque, verum scilicet & bonum nomen, an verò ad alterutrum solummodò præstandum obligetur?* Respondet Ulpianus in *l.4. ff. h. t.* si nomen sit distractum, *locupletem esse* debitorem, non debere præstare: *debitorem autem esse* debere præstare, nisi aliud convenit. Quod variis modis ampliant DD. scilicet, quamvis jam periculum tem-

pore venditionis adfuerit & venditor evictionem expresse promiserit, aut denique emtor ignoraverit, debitorem non esse solvendo, Frantzk. *ad tit. de evict. num. 25. 27. seqq.* Lenz *de nom. cess. c. 27. Membr. 7. 14. 15. seqq.* Lauterbach *ad h. t.* Exceptio est, nisi in dolo fuerit cedens, aut expresse promiserit, quod non solum *verum*, sed etiam *bonum* nomen emtori præstare velit, v. Aut. *allegg.*

DIST. VI.

Inter actionem *utilem* & *directam* à cessionario institutam.

Utilem actionem illam vocant, quando Cessionarius *sibi* obligatum esse dicit Debitorem, *seque* creditorem appellat & *venditionem, vel donationem tanquam titulum cessionis* allegat; E contrario autem *directam*, quando cessionarius *in personam cedentis* concludit, & *in ipsa* cessione sese fundat, Franc. Caldas *de emt. vendit. c. 24. num. 28.* B. Brunneman. *de cess. act. c. 5. n. 19.* Subtiliter satis! unde videri poterat, hic idem applicandum esse, quod aliàs de distinctione inter actiones directas & utiles diximus, eam merè theoreticam esse & nullum omninò in praxi usum præstare; sed nescio,

nescio, quô fatô evenerit, quod communiter DD. hâc parte adhuc utilitatem aliquam adesse afferant.

Scilicet usus juxta eos conspicitur (1) *intuitu reconventionis à debitore cesso instituta.* Quod si enim directa egerit actione cessionarius, ad eandem respondere tenetur; secus, si utili, v. Brunneman. *d.c.5. num.10. & 11.* ubi tamen prius in eô casu limitatur, si cessio necessaria fuerit, aut voluntaria quidem, sed tamen ex causa onerosa profecta, modò absit dolus & læsio debitoris cessi hic non expressè intendatur, quæ & similes limitationes totam ferè regulam absorbent.

(2) *intuitu exceptionum, quæ cessionario opponi possunt.* Exceptio enim, quæ cedenti obstabat, indistinctè etiam Cessionario opponitur, si actionem directam instituit. Verùm, si actione utili experitur, actiones ipsam rem concernentes solummodo admittere tenetur, v.g. solutionis, compensationis, (quas fusè recenset Brunneman. *d. tr. cap.6. num.29.*) non autem eas, quæ qualitatem personæ cedentis respiciunt, v.g. competentiæ. Hinc si v.g. socius contra socium ipse ageret, frueretur Reus condemnatus hoc competentiæ beneficio; verum

si actionem eam extraneo cedit & hic actione utili experitur, reus beneficio suo excidit. Dura sane assertio, quam propterea recte perstringit Id. *d.c. 6. num. 21. 22.* Limitant illum, si actio titulo lucrativo sit translata, v. Joh. à Sande *de cess. act. cap. 13.* Franc. de Caldas *de emt. & vend. c. 24. num. 56.*

Reliqua, v. g. quod actio directa sit *nativa* & ex cessione seu mandato oriatur: utilis autem *dativa*, quae ab Imperatore, (antiquam subtilitatem tollere volente, v. *l. 5. C. de hered. vel act. vendit. l. 1. in f. C. de O. & A.*) data est iis, qui justum titulum absque actuali cessione habent: Item: quod directa expiret morte cedentis, non utilis: nec non, quod cessionarius ipsum cedentem intuitu cessionis utili quidem, non verò directa actione convenire possit, v. Brunneman. *d. c. 5. num. 6. seqq.* leviora esse videntur.

Vides ergò B. L. eam esse interpretum sententiam, quod melius faciat cessionarius, si actione utili, quàm si directa experiatur. Ergò illa quoque semper eligenda erit, id quod in dubio etiam factum esse praesumitur, praecipuè si herba betonica, famosa illa clausula salutaris, libello adjecta est.

LIB.

LIB. XIIX. TIT. V.

De refcindenda venditione & quando licet ab emtione difcedere.

DISTINCT. I.

Inter læfionem *modicam*, *enormem* & *enormisfimam*.

MOdica vocatur, quæ eft infra dimidium; *enormis* quæ eft ultra dimidium, id eft, quando vel emtor plus quàm duplum folvit, vel venditor ne dimidiam quidem jufti pretii partem accepit; *enormiffimam* appellant, quando læfio ultra triplum, quadruplum,&c. adeft.

Ob *modicam* minorennes quidem reftituuntur, modò non planè fit minima, non autem majores, prout ex *tit. de minor. 25. ann.* conftat; verum ob enormem & enormiffimam majorennibꝰ etiam fuccurrunt Leges. Hac parte ergò inter enormem & enormiffimam nulla adeft differentia. Nec illud alicujus momenti videtur, quod dicit Carpz. *P. 2. Conft. 34. Def. 7. princ.* læfionem enormiffimam contractum *ipfo jure nullum* reddere,

 pro-

propter enormem autem *restitutione civili* ex *l.2.C.de resc.vend.* opus esse; hoc enim legum autoritate destituitur, quæ ob *præsumtum* dolum contractum pro nullo nunquam declarant, sed solùm ob dolum verum. Ergò hoc unicum remanet, quod nempe, si quis beneficio rescindendi contractum ob læsionem renunciat, ea renunciatio in dubio saltem de enormi intelligenda sit, non autem de enormissima, quippe de qua probabiliter non cogitavit renuncians, ad non cogitata autem renunciatio extendi nequit. Idem est, si majorennis juravit, se contractum servaturum esse; tunc enim juramentum infert quidem renunciationem læsionis enormis, neutiquam verò enormissimæ, vid. Barbos. *ad l. 2.C.h.t.num.130.* Frantzk. *l.1.Resol.4. num. 25. & 31.*

Equidem nonnulli putant, quod ob læsionem enormissimam etiam tertius possessor conveniri possit, non verò ob enormem, v. Berlichium, Barbosam & quos prætereà citat Lauterbach. *ad h. t.* verùm hæc differentia iterùm autoritate juris destituitur, nec leges à Lauterbachio tanquam obstantes allegatæ, *l. 94. §. 1. ff. de Leg. 1. l. 13. §. 1. ff. de minor. & l. 67. ff. de contrah. emt.* ad hanc quæstionem in specie pertinent, sed ad eam

in

in genere: annon ob læsionem tàm enormem, quàm enormissimam in subsidium tertius conveniri possit? quod quamvis generaliter ex dictis textibus probari nequeat, à DD. tamen in praxi conceditur, Struv. *S. J. C. Ex. 23. thes. 92.*

LIB. XIIX. TIT. VI.
De Periculo & commodo rei venditæ.

DISTINCT. I.
Inter Venditionem *perfectam* & *consummatam.*

P*Erfectio* venditionis ex declaratione consensus reciprocè facta, *consummatio* autem ex subsequente traditione dependet. Quoad facultatem pœnitendi, commodorum perceptionem & onerum præstationem inter utramque nihil interest, hæc omnia enim semper ad emtorem pertinent, sive perfecta fuerit venditio, sive consummata. Unica saltem adest differentia, scilicet *intuitu actionis realis* instituendæ. Hinc si ante traditionem res vendita ad tertium possessorem pervenit, emtor

contra eundem non potest instituere actionem realem, sed venditor, quia jus vindicandi demùm ex traditione consequitur emtor. Et hinc non absolutè, sed hôc saltem respectu venditor ante traditionem adhuc dicitur Dominus in §.3. *J. de emt. vend.* *ibi: utique tamen rei & condictionem exhibere debebit emtori; quià sanè, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipse Dominus est*, ex quo §. nec non ex *l. 20. C. de pact.* & ex *arg. l. 3. pr. ff. de O & A.* Lauterbach proinde ad *tit. ff. de acquir. rer. dom.* malè infert, quod thesaurus ante traditionem in fundo vendito repertus ad venditorem pertineat, hic enim respectu emolumentorum non est Dominus, *v. d. §. 3. J. de emt. vend.* Fluit verò ex adductis, quod si venditor ante traditionem rem venditam tertio alicui denuò vendat, primus emtor contra hunc secundum actionem etiam non habeat, sed saltem contra venditorem ad interesse.

Ergò, ut binis verbis summam rei exhibeamus: venditio *perfecta* actionem personalem contra solum venditorem: *consummata* autem realem adversus quemcunque possessorem rei venditæ producit.

LIB. XIX. TIT. II.
Locati Conducti.

DIST. I.
Inter Locationem *rerum* & *operarum*.

IN Locatione rerum locator ad uſum rei concedendum *præcisè* obligatur, v. Zœſius *h. t. num. 5. in f.* at vero in locatione operarum liberatur, modò intereſſe præſtet. Porrò: Locatio operarum non tranſit ad heredes, quia ut plurimum induſtria perſonæ eſt electa; ſecus in locatione rerum, quæ ad heredes utriusque tranſit, tàm locatoris, quàm conductoris, ob defectum modò adductæ rationis. In locatione operarum interdum præſtatur culpa leviſſima, ſi quis tanquam artifex aliquid expedire obſtrictus eſt, *l. 25. §. 7. ff. h. t.* ſed in locatione rerum præter levem culpam nihil exigitur. In locatione operarum interdum aliquis ad operas alteri præſtandas invitus cogi poteſt, ſic v. g. ruſtici (licet non ſint homines proprii) operas, quas locandas deſtinarunt, nondum tamen alicui in ſpecie promiſerunt, tenentur easdem Dominis ſuis præ aliis locare,

modò Dominus eodem tempore illas exigat eandemque mercedem offerat, v. Carpz. *Conſt. 51. Def. 9.* verum ad locationem rerum nemo unquam compellitur, &c.

DIST. II.

Inter locationem *operarum* & *operis.*

LOcationem *operarum* vocant, quando operæ nudæ & indeterminatæ, v. g. à famulis noſtris & ancillis promittuntur; *Operis* verò, quando operæ ad certum aliquod opus perficiendum ſunt deſtinatæ, v. g. ut faber lignarius, vel murarius, integrum ædificium aut partem aliquam extruat. Jam ulterius ita pergunt DD. in locatione *operarum* is dicitur Locator, qui uſum rei, vel operas præſtat & mercedem accipit, conductor verò, qui pro uſu rei vel opera mercedem ſolvit. Sed in locatione *operis*, qui eſt Locator operæ ſuæ, der ſeine Arbeit verdinget/ ille dicitur Conductor reſpectu operis faciendi, v. g. ædium; qui verò eſt conductor operæ, der etwas machen läßt/ ille dicitur Locator reſpectu operis, des Dinges das Er machen läßt/ & hic mercedem ſolvit, ita hoc explicat Rebhan *Hodeg. jur. chart. 2. clim. 4. §. 10.* & Hopp. *Exam. J. b. t. qu. 3.* aliique.

Subtilia inventa, fateor, ſed ita ſubtilia, ut propter ſubtilitatem ſuam omnem in foro

uti-

utilitatem amiserint. An enim exinde, quod locator operæ intuitu operis, ad quod operas suas locat, conductor vocatur, novum jus, aut nova obligatio, aut alius aliquis novus atque peculiaris effectus profluit? Ego sanè hactenus non vidi ullum, qui hoc demonstrasset. Hinc sufficere potest, modò quis sciat: *Locatorem* vocari illum, qui mercedem accipit, *Conductorem* autem, qui mercedem solvit, & hoc sine distinctione, utrum locatio operarum, operis aut rerum adsit.

DIST. III.
Inter Locationem *regularem* & *irregularem*.

IRregularis *in l.31. ff. h.t.* appellatur, quando res aliqua locatur, non ut eadem, sed ut similis, vel ejusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusullatum fabro daretur, vt vasa fierent, aut aurum, ut annuli. Et hoc casu dominium transfertur, quod secus in regulari. Posses etiam ad irregularem locationem referre, quando *non nummo, sed partibus locavit* aliquis, dicente Plinio *lib. 9. Epist. 37.* id est, quando Colonus non certam mercedem in pecunia numerata consistentem, nec certam fructuum quanti-

tatem, sed incertam, seu partem *quotam*, v. g. semissem, trientem &c. ejus, quod natum fuerit, locatori suo præstat, qui in *l. 25. §. 6. ff. h. t. Colonus partiarius* dicitur. Hic enim revera adest societas. Unde Conductor culpam levem in concreto solummodò præstat, non in abstracto, ut aliàs. Quod si etiam maximum lucrum consequeretur colonus, locatori ejus partem præstare tenetur, & è contrario locator etiam minimum damnum pro rata ferre tenetur, quod in societate regulari utrobique secus se habet, *v. d. l. 25. §. 6. ff. h. t.* Posses etiam hoc addere, quod hæc conductio irregularis non transeat ad heredes, v. Gothofred. *ad d. l. 25.* conf. de colono partiario Mantica *de tac. & ambig. convent. l. 5. tit. 2. num. 26.*

DIST. IV.

Inter *Colonum* & *Inquilinum*.

QVi agrum conduxit, vel aliud prædium rusticum, *colonus*; qui ædes, *inquilinus* dicitur. Ita theoreticè differunt, sed adest etiam usus practicus, scilicet *in relocatione tacita*. Intuitu Inquilini enim relocatio saltem fit ad illud tempus, quô conductor ultra tempus ab initio determinatum in re conducta mansit, unde si prima locatio ad an-

annum inita fuit, relocatio non ſtatim quoque ad annum inita cenſetur, ſed ad ſex vel plures ſeptimanas, quousque ſcilicet inquilinus permanſit, *l. 13. §. fin. ff. h. t.* ſed in colono aliud obſervatur. Quia enim in prædiis ruſticis fructus non quotidiè percipiuntur, ut in urbanis, ſed integrô demum annô elapsô, hinc locatio quoque ad annum renovata eſſe præſumitur, *d. l. 13. §. fin. h. t.* Interdum quoque ad triennium, vel quinquennium, quando fructus in omnibus campis non poſſunt perfectè, niſi exactô demum trienniô, percipi, v. Frantzk. *ad b. t. num. 18.* Brunnem. *ad d. l. 13. ff. h. t. num. 16.* qui quæſtiones huc pertinentes fusè pertractat.

De jure Romano etiam non levis effectus hujus diſtinctionis in eo deprehendebatur, quod res *inquilini* locatori tacitè obligatæ erant, in ſecuritatem mercedis ab inquilino ſolvendæ, *l. 4. ff. in quib. cauſ. Pign. vel hyp. tac. contr.* non verò res *coloni*, *d. l. 4.* Hodiè autem DD. hanc differentiam ceſſare & res coloni non minus, quàm inquilini, Locatori tacitô pignoris vinculo obſtrictas eſſe aſſerunt, v. Mev. *P. 4. Deciſ. 127.* qui etiam adlatam differentiam ne quidem Legibus Romanorum convenire dicit.

DIST.

DIST. V.

Inter Conductorem rerum *privatarum* & *fiscalium* s. publicarum.

COnductores rerum privatarum finito contractu & tempore in eodem determinato non obligantur, ut ulterius inviti conductionem continuent. Pacta enim & hic dant legem contractui. Verum, si Conductor vectigalium maximos fructus consecutus sit & vectigalia tanta mercede posteà locari non possint, tunc invitus ad conductionem continuandam cogitur per *l. 11. §. fin. ff. de publican.* Peregrin. *de jur. fisc. l. 6. tit. 5. n. 9.* Boër. *Decis. 249. num. 2.*

Qui bona civitatum (quò pertinent etiam fiscalia) durante conductionis tempore fructuosiora reddidit, ipsi deinde prærogativa præ aliis competit, si conductionem continuare velit, H. Pistor. *obs. 162. num. 8. ob l. congruit. 4. C. de locat. prædior. civil.* Brunnem. *ad l. 11. ff. de Publican.* quod secus in conductoribus rerum privatarum.

Tutores & Curatores vectigalia conducere nequeunt, donec rationes reddiderunt, & si fortè dissimulato munere conduxerint, pœna falsi coercentur, *l. un. C. ne tutor,*

tor. vel curat. vectig. cond. l. 49. ff. Locati. sed à conductione rerum privatarum nemo, & sic neque Tutores & Curatores arcentur, v. Struv. *Exerc. 39. thes. 17.*

Qui vectigalia conduxit, eô ipsô pro Patrefamilias habetur, & sic in eo cessat SCtum Macedonianum, per *l. 3. §. 1. ff. ad SC. Maced.* aliud, si filiusfam. privata prædia conduxit, Struv. *loc. cit.*

DIST. VI.
Inter Locationem ad tempus *longum* & *modicum* factam.

USum in eo constituunt, quod locatio ad tempus *longum* facta, in conductorem speciem dominii cujusdam utilis transferat, v. Carpzov. *l. 5. Resp. 17. num. 10.* Gars. *de Expens. c. 14. num. 1. seqq.* aliosque plures; quod secus est in ea locationis specie, quæ ad brevius tempus initur. Quamvis verò hæc DD. opinio principiis juris apertè contrarietur, cum scilicet locatio ab initio non sit titulus ad transferendum Dominium habilis & sic quoque ex postfacto eam habilitatem consequi non possit, conf. *l. 39. ff. h. t.* nihilominus tamen ad evitandas lites tanquam cautelam commendat Illustr. Stryk. *de Caut. contr. sect. 2. c. 9. §. 6. ne locatio ultra novem*

vem annos fiat, vel si in longius tempus eadem placuerit, ut addatur pactum, de locatione quovis novennio renovanda.

LIB. XIX. TIT. III.
De Æstimatoria.

DISTINCT. I.

Inter Contractus innominatos *regulares & irregulares.*

AD *priores* referunt contractum *do ut des : facio ut des : do ut facias : facio ut facias* : ad *posteriores* autem contractum *permutationis* & *æstimatorium*. Irregulares autem ideò hi duo vocantur, quoniam ad contractus nominatos quàm proximè accedunt, simulque nomen aliquod habent, v. Lauterb. *Comp. jur. tit. de contr. innomin.* Paulò aliter Struv. *Ex. 25. th. 2.* Quemadmodum verò supra *ad tit. de Pactis* differentiam inter contractus nominatos & innominatos in genere rejecimus, quia facultas pœnitendi nec in his nec in illis locum amplius invenit, prout contra dissentientem sibique ipsi contradicentem Carpzovium *P. 2. C. 33. Def. 23.* & contra alios jamdum ostendit Illustr. Dn. Stryk. *de investig. act. sect. 1. membr. 7. §. 3.* ita

ita quoque præsentis distinctionis nullam omninò in foro hodie utilitatem esse intrepidè asserimus. Ex irregularibus non minus, quàm regularibus, oritur actio præscriptis verbis, & in neutra classe pœnitere amplius licet, conf. Id. *loc. cit.* §. 8. Præterea inter contractum permutationis & do ut des nullam reverà intercedere differentiam, jam alii monstrarunt, unde unicus saltem irregularis manet contractus innominatus, æstimatorius scilicet.

Cum DD. sub hoc titulo de materia æstimationis in genere agere soleant; hinc subjungenda quoque fuit

DIST. II.

Inter Æstimationem *venditionis* & *taxationis* causâ factam.

P*Rior* dominium rei æstimatæ in accipientem transfert, & per consequens omnes ejusdem effectus, commodum scilicet & incommodum, ipsumque casum fortuitum. Neque etiam danti licet restituto pretiò rem æstimatam iterum recipere, sed accipiens illam invitô dante retinere potest. *Posterior* huncce saltem scopum habet, ut si forsan accipiens rem æstimatam deterioraverit atque corruperit, dans eò melius interesse,

quod hoc nomine prætendit, probare possit. Sic v. g. res alteri concessa à peritis 100. thal. æstimatur: accipiens istam admodùm deterioratam restituit, unde factâ restitutione ab iisdem peritis 60. thal. solummodò æstimatur; patet hinc statim, dantem 40. thal. interesse nomine petere posse.

Sed quæritur hîc, quid *in dubio* præsumendum sit: *utrum scilicet æstimatio venditionis, an saltem taxationis causâ contractui adjecta fuerit?* Puto, hanc quæstionem ex vulgata regula: quod accessorium naturam sui principalis sequatur, facilè decidi posse. Scilicet contractus, quibus adjicitur rei æstimatio, vel *est habilis ad transferendum dominium*, vel *non est*. *Priori* casu, æstimatio venditionis causâ facta esse præsumitur, & huc præcipuè refertur contractus dotis, *l. 15. ff. de jur. dot. l. 10. §. 4. ff. eod.* quia maritus dominus rerum dotalium per hunc contractum efficitur. Ex quo patet, quod si in pactis dotalibus hæc clausula deprehendatur: Es bringe die *Caja* dem *Sempronio* ein Hauß *nomine dotis* zu/ welches hiemit auff 2000. Rthl. angeschlagen werde; quod, inquam, hôc casu, si illæ ædes per incendium aliumque casum fortuitum pereant, damnum ad maritum pertineat & hic nihilominus ad restituen-

tuendos istos 2000. thal. sit obligatus. E contrario autem hoc commodum, v. g. in Saxonia ad ipsum pertineret, quod mortuâ uxore totam summam tanquam heres mobiliaris lucretur, cui lucro absque facta æstimatione locus non fuisset, v. Carpzov. *P. 3. C. 23. Def. 26.* Potest etiam tunc maritus liberè de fundo dotali disponere.

Posteriori casu, si scilicet æstimatio adjicitur contractui ad transferendum dominium inhabili, v.g. locationi, commodato, deposito, pignori, &c. tunc taxationis gratià hoc factum esse censetur. Non leviter quidem obstare videntur verba *l. 5. §. 3. ff. commod. & si fortè res æstimata data sit, omne periculum præstandum;* verumenimvero verba immediatè subsequentia: *ab eo, qui æstimationem se præstaturum recepit*, liquidò ostendunt, dictam *legem* de eo casu loqui, quando accipiens per *expressum* pactum periculum adjectâ æstimatione rei traditæ in se recepit; at nos in præsenti de eo disquirimus, quid *in dubio* præsumendum sit. Idem responderi potest ad *l. 3. & ad l. 54. §. f. ff. Locati.* Quò pertinet, quod addit Lauterbach *h. t. si tamen hisce in casibus fuerit conventum, ut res incorrupta, vel ejus æstimatio restituatur, tum omne periculum pertinet*

ad accipientem. Plurima scitu necessaria de æstimatione dotis v. apud Mevium *ad jus Lubec. lib.1. Tit.5. art.8. num.21. seqq.* add. Rauchbar *p. 2. qu. 29.* Gometz *var. resolut. l.2. c.7. num. 1.* Panormit. *in c. un. X. de commod. n 23.* & præ aliis Brunneman. *ad d. l.5. §.3. ff. commodati num.5. seqq.* Mascard. *de probationib. conclus. 1664.* Burgund. *de peric. & culp. cap. 12.*

LIB. XX. TIT. I.
De Pignoribus & Hypothecis, & qualiter ea contrahantur & de pactis eorum.

DISTINCT. I.
Inter Pignus *legale* (tacitum) & *conventionale* (expressum).


Pignus *legale* certæ tantum personæ habent, v. g. liberi in bonis parentum ratione adventitiorum: pupilli in bonis tutorum & universitates in bonis administratorum: Locator in rebus ab inquilino illatis & in fructi-

fructibus à Colono perceptis, Legatarii, Uxores, &c. de quibus latè Brunnem. *Proc. Conc. Cred. cap. 5. §. 51.* ast *conventionale* omnes creditores habere possunt.

Qui ad pignus *legale* provocat, certum juris textum proferre tenetur, in quo hoc ipsi conceditur, & tunc nulla conventione opus est; ast qui *conventionale* pignus prætendit, jus suum ex speciali contractu pignoratitio adstruere tenetur, non enim pro se hâc parte præsumptionem habet. Ex quo simul patet, omni fundamento destitui eorum opinionem, qui jus tacitæ vel legalis hypothecæ etiam aliis nonnullis concedunt, quorum tamen Leges nullam mentionem injiciunt, v. g. quod Dominus in bonis furis reliquis, juxta Carpzov. *P. 4. Const. 39. D. ult.* nec non quod deceptus in bonis ejus, qui animo novandi transactionem dolosè suscepit, tacitum pignus habeat, quod vult Berlich *P. 1. Concl. 67. num. 91.* quamvis enim fortè allegarent, æquitatem tamen postulare, ut hisce personis succurratur; ego tamen responderem, æquitatem etiam postulare, ut omnibus & singulis Creditoribus satisfiat, & ergo omnibus Creditoribus etiam jus tacitæ hypothecæ adscribendum fore, quod tamen absonum

esse quilibet facilè perspicit, conf. Brunneman. *loc. prox. cit.*

DIST. II.
Inter pignus legale *purum* & *mixtum*.

P*Urum* vocant, ubi nullum planè factum ejus præcedit, in cujus bonis pignus competit: *Mixtum* è contrario, ubi aliquod factum præcedit, non tale autem, quod ad constitutionem pignoris liquidò tendit, & huc referunt pignus locatori in rebus inquilini competens, non omnibus, sed illis, *quas in ædes conductas intulit*, *illatio* enim est illud factum, ex quo dicta mixtura profluit, v. DD. passim. Sed si dicendum, quod res est, hæc distinctio mere theoretica esse nullamque in foro utilitatem producere videtur. Utrumque enim, & purum & mixtum pignus, eundem ubique effectum post se trahit.

DIST. III.
Inter pignus *judiciale* & *Prætorium*.

P*Rius* propter præcedentem rem judicatam per pignorum captionem, vel per missionem in possessionem bonorum in illius bonis constituitur, qui sententiæ sponte

te parere recuſat, *l.2. & 3. C. ſi in cauſ.judic. Poſterius* autem ante ſententiam per miſſionem ex ſecundo decreto, eum in finem, ut Reus in judicio ſe ſiſtere per indirectum cogatur; *t.t.ff.quib,ex cauſ.in poſſ.eat.* Hæc diſtinctio ex diverſo Prætoris & Judicis pedanei officio profluxit, atque adeò hodiè apud nos in ſenſu juris Romani nullam utilitatem habere poteſt.

DIST. IV.

Inter *Pignus* & *Hypothecam.*

Vulgus auditis *pignoris* & *hypothecæ* vocabulis differentiam in eo quærere ſolet, quòd *pignus* in rebus mobilibus, *hypotheca* autem in immobilibus conſtituatur, quam opinionem etiam veteri juri non adeò adverſam eſſe exiſtimat Dn. Beyer *Poſ.ff. h. t. ab init.* ſed hodie quidem illa explicatio locum amplius non invenit, ubi unicè ad id reſpiciendum eſt, utrum res obligata Creditori ſimul tradita fuerit, annon; quod ſi enim traditio non acceſſit, *hypotheca*, ſi verò res tradita, *pignus* vocari conſvevit, v. §.7. *J. de act. l.1.ff. de pign.act.* ibique Dion. Cothofr. *in not.* qui ſimul *l.238. §.2. ff.de V.S.* explicat, quamvis & hæc lex de jure veteri intelligi poſſit. Interim libenter fatemur,

 regulas

regulas prudentiæ exigere, ut intuitu rerum mobilium obligatarum non in nuda conventione acquiescamus, sed prætereà traditionem quoque urgeamus, quia aliàs in loca dissita facilè transferrentur & sic jus persequendi nobis difficillimum reddi posset, unde etiam huc fortè per vocem: *propriè*, (id est, quod communiter fit) respexit JCtus in *cit. l. 238. §. 2. de V. S.*

Usus in eo se exerit, quod propter hypothecam, detur actio hypothecaria, non autem propter pignus. Ceterùm verò eosdem effectus in securitatem creditoris utrumque producit, & huc pertinet *l. 5. §. 1. ff. b. t.*

DIST. V.
Inter hypothecam *generalem* & *specialem.*

Hæc distinctio maximam sine dubio in foro præbet utilitatem. Exprimamus rem verbis Illustr. Strykii *de Caut. contr. sect. 2. cap. 4. §. 16.* Utraque, dicit, sua habet commoda & incommoda. Qui enim generali hypotheca gaudet, ex universis debitoris bonis eam eligere potest, ex qua commodissime debitum suum se consequi posse existimat, quamvis illa res alteri cuidam specia-

specialiter obligata fuerit, *l. 2. pr. ff. qui pot. in pign.* ast, qui specialem solummodo habet, illi in reliquis debitoris bonis nihil juris competit, & hinc sæpè in classem chirographariorum rejicitur, quando scilicet res specialiter obligata vel periit, vel ab aliis creditoribus consumta est, v. Brunneman. *Proc. conc. cred. cap. 5.* §. 66. E contrario autem specialis hypotheca magis afficit rem obligatam & ad hoc prodest, ut si Debitor posteà hanc rem distraxerit, Creditor statim tertium ejusdem possessorem convenire possit, ita ut hic exceptione excussionis se tueri nequeat, quod aliter in hypotheca generali propter *Nov. 4. c. 2.* quamvis hic dissentiant Frantzk. *lib. 1. resol. 12.* & Struv. *S. J. C. Ex. 26. th. 38.* qui juxta hanc opinionem judicatam fuisse dicit. Habes ergò hîc opinionem communem contra communem, unde quæ in quâcunque foro recepta sit, dispiciendum erit illi, qui manum praxi admovere intendit.

DIST. VI.
Inter actionem *Servianam* & *quasi Servianam*.

Prior est specialis, competens eo saltem casu, quando Locator prædii rustici hy-

pothecam in rebus coloni sibi expressè constitutam, vel in fructibus etiam tacitè competentem adversus quemcunque possessorem persequitur, §.7. *J. de act. l.7. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. Posterior* autem reliquis Creditoribus omnibus datur, *d.*§.7. *l.16.* §.3. *ff. h. t.* Cùm ergò hæ duæ actiones *nudô saltem objectô* differant, in effectu autem prorsus conveniant; hinc patet, adlatæ distinctionis nullum omninò in praxi usum esse, unde etiam apud Practicos Servianæ & quasi Servianæ actionis nulla planè fit mentio, sed hi vocabulo generali *actionis hypothecariæ* contenti esse solent.

LIB. XX. TIT. IV.
Qui potiores in pignore vel hypotheca habentur.

DISTINCTIO I.
Inter Hypothecam *publicam* & *privatam*.

PEr *publicam* non solùm ea indigitatur, quæ in judicio, sed etiam, quæ extra judicium in præsentia tamen trium testium (masculorum, integræ fidei & ma-

manum suam in judicio recognoscentium juxta Guttierez *l.3.qu.102. num.2. seqq.)* constituitur, *l.11. C.qui pot.in pign.* Et hæc hypotheca omnibus privatis, licet priores sint, in concursu creditorum præfertur. Idem in Saxonia quoad judicialem, at verò ea, quæ coram tribus testibus constituitur, ejusmodi prælationem in immobilibus ibi non tribuit, quia hæc non aliter, nisi in judicio, validè obligari possunt, v. Brunnem. *Proc. Conc. Cred. c.5. §. 45. ibique in not.* Quod si de cetero duæ hypothecæ publicæ concurrant, ex prioritate temporis eædem dijudicantur.

LIB. XXI. TIT. I.
De Aedilitio Edicto & Redhibitione & Quanti minoris.

DISTINCT. I.

Inter actionem *Redhibitoriam* & *æstimatoriam* s. *Quanti minoris.*



Differunt hæ duæ actiones triplici modo:

I. Actio *Redhibitoria* ob tale viti-

ſionis, *l. 19.* §. *ſ. b. t. æſtimatoria* autem intra *annum* demum à die ſcientiæ, *d. l. 19. l. 2. C. b. t.* Struv. *l. c. theſ. 11.*

LIB. XXII. TIT. I.

De uſuris & fructibus & cauſis & omnibus acceſſionibus & mora.

DISTINCT. I.

Inter Uſuras *punitorias*, *compenſatorias* & *lucratorias*.

P*Vnitoriæ* vocantur, quando ab initio nihil quidem promiſſum, ſed uſus pecuniæ alteri ad certum tempus gratis conceſſus fuit, at verò debitor terminum ſolutionis ipſi præfixum non obſervavit, ſed pecuniam ultra tempus à contrahentibus determinatum retinuit inque uſus ſuos convertit, v. *l. 17.* §. *3. b. t.* huc pertinet etiam, ſi quis, v. g. ſocius, pecuniam communem ſine alterius ſocii voluntate invaſerit, de quo caſu in *l. 1.* §. *1. b. t.* Unde generaliter dici poteſt, punitorias uſuras propterea perſolvi, quod alter

ter alterius pecunia absque ejus voluntate usus sit.

Compensatoriæ sunt, quando quidem Creditoris voluntas adest, ipsi tamen simul aliquid decedit, quod è contrario debitori, qui re credita utitur, accrescit. Hæ ergò eâdem ratione solvuntur, prout aliàs conductor mercedem pro usu rei nostræ mercedem persolvere consvevit, conf. Struv. *Ex. 27. th. 43.*

Lucratorias denique describunt, quæ ultra normam in Legibus præscriptam debitumque compensationis modum percipiuntur, vel etiam ab egeno, qui non ad lucrum, sed necessitatem adhibet pecuniam creditam, exiguntur, cùm tamen nos absque dispendio nostro eum, credendo pecuniam absque usuris, juvare potuissimus.

Punitorias & *compensatorias* omni jure permissas esse, fatentur DD. communiter, *lucratorias* verò in classem prohibitorum referunt, vide quos allegat Struv. *cit. th. 43.* Verùm hoc ultimum non ita simpliciter concedi posse videtur. Quamvis enim illud per se pateat, lucratorias, si modum compensationis à magistratu præscriptum excedant, ad res illicitas pertinere: quamvis etiam absque dubio ille in conscientia, id

id est, in foro interno peccet, qui ab egene homine pecuniam creditam ad meram necessitatem & non ad lucrum captandum applicante, usuras percipit; interim tamen in foro externo non suppetit remedium, per quod aliquis hâc parte ad exercendum officium charitatis compelli, & si contrà illud peccavit, pœnâ condigna affici possit. Confirmat sententiam nostram B. Brunneman. *de jur. Eccles. l. 2. c. 18. §. 44.*

DIST. II.
Inter Usuras *mordentes* & *non-mordentes*.

MOrdentes nihil aliud sunt, quàm quas modò lucratorias nominavimus, dilectionem proximi offendentes: *non-mordentes* autem, qui modò licitô exiguntur. Hîc ergo eadem repetenda erunt, quæ ad *præc. dist.* attulimus.

DIST. III.
Inter Usuras ex *pacto* & ex *mora* debitas.

UTilitas in eo consistit, quod usuræ ex *pacto* debitæ adhuc peti possint, quamvis sors jam soluta fuerit, Carpzov. *P. 2. C. 30. Def. 13.* aliud obtinet, si ex mora solummodò

annis regulariter percipiantur, v. g. pyra, poma, frumentum, vinum, &c. *Civiles* autem quotidiè, nam ædes, ſtabula, pecuniam, non ad integros annos, ſed ad brevius etiam ſpatium, v. g. ad ſemeſtre, ad unum menſem, imo interdum & ad unam ſeptimanam unumque diem alteri concedimus. Sunt autem *naturales*, qui *ex* ipſo rei corpore proveniunt: *civiles*, qui *propter* rem percipiuntur. Hinc theſaurus, qui ſaltem *occaſione* rei percipitur, ad fructus planè non pertinet.

Oſtendamus jam nonnulla conſectaria practica:

Scilicet Uſufructuarius, ſi ante finitum annum & ſic ante perceptionem fructuum *naturalium* moritur, ad heredes ſuos nihil transmittit, *l. 13. ff. quib. mod. uſusfr.* *Civiles* verò pro dimidia vel tertia anni parte, ubi uſufructuarius deceſſit, inter heredes ipſius & proprietarium pro rata dividuntur, v. *l. 26. ff. eod.*

Si quis vendit fundum, ex quo naturales fructus percipiuntur, tunc ſi venditio ante meſſem celebratur, ad emtorem; ſi poſt meſſem, ad venditorem integri fructus pertinent, *l. 13. §. 10. ff. de act. emt. & vend.* civiles autem, qui quotidie percipiuntur, pro rata

temporis dividuntur inter emtorem & venditorem usque ad tempus venditionis, v.Lauterbach. *ad tit. ff. de act. emt. & vend.*

DIST. VI.

Inter Fructus *pendentes* & *perceptos*.

REpetenda hic eadem, quæ modo ad *præc. diff.* dicta fuerunt. Scilicet fructus naturales pendentes ad Proprietarium, percepti ad usufructuarii heredes pertinent. Aliud jure Saxonico, ubi eò respicitur, an semen rastro subactum fuerit, v.Finckelth. *Obs.54.*

Fructus pendentes ad emtorem, percepti autem ad venditorem spectant.

Colono ob damnum in fructibus pendentibus perpessum aliquid de pensione remittitur, non verò, si fructus jam percepti fuerunt, Gail. *2. Obs. 23. num. 12. Sed quando hic dicuntur percepti?* Nonnulli allegati à Lauterbachio *ad tit. Locat. Cond.* requirunt præter separationem à fundo etiam collationem in horreis, v. Carpzov. *P.2. C.37. Def.20. n. 8. 9.* quos sequitur Dn. Beyer *Pos. ff. Locat. pos.53. seqq.* sed in eorum castra transire non possumus ob §.36. *J. de R.D.* ibi: *eadem ferè & de Colono dicuntur,*

tur, ubi antecedentia apertè monstrant, quod Colonus & Usufructuarius in hoc tertio comparentur, quod scilicet uterque fructuum dominus eodem modo fiat, reliqua enim, quæ de heredibus Usufructuarii ibi habentur, ad Colonum non quadrant, & propterea Imperator voculam: *ferè*, adjecit.

Alia, ex iisdem principiis profluentia, facile suppleri possunt. Speciale quid est, quod fructus in fundo dotali pendentes soluto matrimonio inter maritum & uxoris heredes pro rata temporis dividantur, *l.5. & l.7. §.1. ff. solut. matrim.* Finckelth. *Obs. 54. n.1.* Gothofred. *ad l.22. C. de R.V.*

DIST. VII.
Inter Fructus perceptos *extantes* & *consumptos*.

USus hujus distinctionis tunc maximè deprehenditur, si quis rem aliquam cum fructibus vindicat. Eo casu enim quæritur: *an extantes solùm, an vero consumpti etiam fructus Domino vindicanti restitui debeant?* Respondetur distinguendo inter *bonæ* & *malæ fidei* possessorem. Prior extantes saltem restituit, non consumtos, *§.2. J. de O. J. l.22. C. de R.V.* sed nec extantes, si

ſunt uſucapti, *l.4. §.19. ff. de Uſucap.* quamvis hodie communiter velint, etiam conſumtos reſtituendos eſſe, in quantum b. f. poſſeſſor exinde locupletior factus eſt, Illuſtr. Stryk *de inveſt. act. ſect. 1. membr. 2. §. 49.* Malæ fidei poſſeſſor indiſtinctè omnes fructus reſtituit, ſive adhuc extent, ſive conſumti ſint, cum ex conſumtione non potuerit firmius jus conſequi, quàm antea quidem habebat. Ceterum hic non ſolum conſumtio naturalis, ſed etiam civilis intelligitur, quæ fit per translationem dominii in emtione, donatione, permutatione, &c. conf. Gothofr. *ad l. 22. C. de R. V.*

DIST. IIX.
Inter Fructus *perceptos* & *percipiendos.*

QVando in *Diſt. VI.* fructus percepti pendentibus opponebantur; tunc ad ſolum *actum perceptionis*, hic verò, ubi percipiendis opponuntur, ad *debitum modum* reſpicitur. Vocant enim percipiendos, qui revera quidem non ſunt percepti, ſed tamen debita diligentia adhibita facile percipi potuiſſent, & ab aliis Patribusfamilias etiam percipiuntur. Quoad uſum iterum inter b. & m. f. poſſeſſorem diſtingui oportet. Ille

le de percipiendis non tenetur, sed de perceptis solummodo, hic vero de percipiendis etiam, cum sibi imputare debeat, quod negligenter in ea re, quam tamen alienam esse sciebat, versatus sit, v. §. *2. J. de O. J. l. 22. C. de R. V.*

Ad materiam de Usuris & fructibus *anatocismus* etiam pertinet, unde Distinctiones ibi obvenientes hic simul perlustrabimus.

DIST. IX.
Inter Anatocismum *menstruum & anniversarium.*

MEnstruus vocatur, quando usuræ quolibet mense exeunte in sortem computantur, *anniversarius* autem, quando hoc à fine cujusque anni fit. Uterque est prohibitus & sic distinctio theoretica est.

DIST. X.
Inter Anatocismum *separatum & conjunctum.*

COnjunctum, quando scilicet usuræ sorti principali immiscentur, per Leges prohibitum esse, fatentur communiter DD. propter *l. 28. C. de Usur. Separatum* autem, quando super usuris debitis specialis obli-

gatio conficitur, tanquam super nova sorte, in praxi communiter permissum esse testantur, vid. Cothmann. *Vol.1. Cons.18. num. 218.* Berlich. *P.2. Dec.268. num. 8.* Mev. *P.4. Dec.213.* quamvis, si theoreticè disputemus, hæc opinio dubio non careat, de quo v. Brunneman. *ad d. l.28. C. de Vsur.* Struv. *Ex.27. th.50.*

DIST. XI.

Inter Moram ex *re* & ex *persona.*

QVotiescunque ex *re* inducitur mora, toties nulla interpellatione opus est, quæ tamen præcise requiritur, si ex *persona* eadem oriri debet. Multùm ergo interest, ut utraque mora ab invicem accurate separetur. Ex re autem moram induci dicunt, si dies certus solutioni adjectus: si pupillo vel minori aliquid debetur: si quid fisco debeatur: in fideicommissariis libertatibus: in prædonibus & furibus, vid. Arumæus *de mora c.4.* Struv. *d. Exerc. 27. th. 68.*

Quæ de adjectione certi diei diximus, quod scilicet ea moram sine interpellatione inducat, nonnulli ex DD. restringunt ad eum casum, si creditor & debitōr sint ejusdem fori, quod si verò sub diverso foro deprehenduntur, interpellationem nihilominus requirunt, v. Mynsing. *Cent.3. Obs.95.*

Brun-

Brunneman. *Cent. 3. decis. 64.* Beyer *Pos. ff. h. t. pos. 62. 63.* Verùm, quod salva autoritate dissentientium dictum sit, nobis illa sententia principiis juris aperte contrariari videtur. Quid enim diversitas fori ad hoc contribuere valet, ut dies non interpellet pro homine? aut, an homines, qui sub diverso foro vivunt, propterea etiam diverso statim jure utuntur? Ridiculum sanè. Hinc de ea jam dubitare cœpit Saporta *de mora c. 2. num. 63.*

Ceterum interpellationem unicam sufficere, neque opus esse, ut præcise in judicio fiat, sed extra judicialem huic æquipollere, satis notum est.

LIB. XXII. TIT. II.

De Nautico Fœnore.

DISTINCT. I.

Inter Usuras *vulgares & nauticas.*

VSus partim in foro Romano, partim etiam in nostro deprehenditur. Apud Romanos in contractu mutui usuræ non debebantur, nisi per stipulationem promissæ erant; at usuræ nauticæ etiam nudo pacto valide promittebantur, *l. 5. §. 1. l. 7. ff. h. t.* Verum ea diffe-

rentia hodie non amplius attenditur, postquam nudis pactis ubique eadem vis tribuitur, quæ olim stipulationibus competebat. Mansit adhuc hodiè usus intuitu *quantitatis usurarum*. Vulgares enim usuræ per Leges ita sunt restrictæ, ut majores, quam quincunces, promitti non possint, nisi quis pœnas usurariæ pravitati dictitatas sustinere velit; at nauticæ eum modum longè excedunt. Non solum enim jure Romano, *l.26. §.pen. C.h.t.* centesimæ; sed & hodie adhuc majores valide promittuntur, v. Illustr. Stryk *Caut. Contr. sect.3. c.5.* §.*29.* add. Hahn *ad Wesenbec.h.t.num.1.* Posses etiam hoc addere, quod propter usuras nauticas periculum sortis ad Creditorem pertineat, propter vulgares autem ad Debitorem, v. Hagen *de Usur. cap.1. num.14.seqq.*

LIB. XXII. TIT. III.

De Probationibus & Præsumtionibus.

DISTINCT. I.

Inter Probationem *artificialem* & *inartificialem*.

HÆc merè theoretica est. *Artificialis* dicitur, quæ per indicia & conjecturas: *Inar-*

Inartificialis, quæ per teſtes & inſtrumenta perficitur. Perinde autem eſt, ſive artificiali, ſive inartificiali utaris.

DIST. II.

Inter *Probationem* (Beweiß) & *Demonſtrationem* (Beſcheinigung) ſive inter Probationem *ſolennem* & *minus ſolennem.*

PRior, quæ in cauſis ordinariis obtinet, requirit articulorum oblationem in judicio, citationem adverſæ partis ad videndum jurare teſtes, danda interrogatoria; & recognoſcendum, & quod pro principali meritò habetur, ad terminum probatorium præcisè eſt adſtricta; aliud in *poſteriori*, quæ ad cauſas ſummarias pertinet. Sic in cauſa *ſummariiſſimi poſſeſſorii* teſtes abſente etiam adverſario coram Notario examinati ſufficientem probationem faciunt, neque hic ſuper habilitate teſtium diſputatio admittitur, quod in probatione ſolenni fieri debet. Sic, ſi quis ex *inſtrumento guarentigiato* agat, non opus eſt, ut articulos offerat & iisdem inſtrumentum adjungat, ſed mox ad recognitionem devenitur, exceptiones quoque alterioris indaginis rejiciuntur, quas tamen in cauſis ordinariis

admitti oportet. Sic, si quis in termino præfixo emanserit & contumaciam per allegationem *legalis impedimenti* purgare velit, tunc v. g. etiam injuratum Medici de morbo attestantis testimonium sufficit. Huc pertinet etiam probatio per *ocularem inspectionem*, quæ ipsa, non minus ac præcedentes, ad terminum probatorium neutiquam est adstricta. Unde si in causa summaria Judex per sententiam Actori injungat, daß Er den Grund seiner Klage beweisen solte/ Actori justa appellandi causa supperit, sicut è contrario Reus etiam appellare poterit, si Judex ab Actore in causa ordinaria solummodò desideret, daß Er es bescheinigen solle/ Processus enim ordinarius invito Reo in summarium mutari nequit, conf. Svendendörff. *in not. ad Process. Fibigii.* Carpzov. *Proc. Tit. 8. Art. 2. n. 52.*

DIST. III.
Inter Probationem *plenam* & *minus plenam.*

DE hac solummodò notandum, quod *plena* tantum operetur, quantum ad totius causæ decisionem necessarium est, & quod vocabulo *probationis* absolutè posito ea semper intelligatur, non solùm in cri-

criminalibus, ſed in civilibus etiam: *Minus plena* è contrario per ſe non facit plenam fidem, ſed alio adhuc indiget adminiculo, de quo ad ſubſequentem diſtinctionem diſpiciendum.

DIST. IV.

Inter Probationem ſemiplenam *majorem*, ſemiplenam *ſimpliciter dictam*, & ſemiplenam *minorem*.

SEmiplena *ſimpliciter dicta* oritur ex depoſitione unius teſtis, qui omni exceptione major eſt: quod ſi ejusmodi teſti adhuc alius accedat, qui non omni exceptione eſt major, vel alia quædam præſumtio, tunc exinde probatio ſemiplena *major* exſurgit: è contrario, ſi unum ſaltem teſtem non omni exceptione majorem, vel aliam conjecturam habeam, v. g. in cauſa imputati adulterii literas amatorias: in cauſa homicidii præcedentes minas &c. probatio ſemiplena *minor* vocari conſvevit, v. Carpz. *P. 2. Conſt. 23. Def. 4.*

Uſus in eo conſiſtit: Si Actor ſemiplenam *ſimplicem*, vel *majorem* etiam pro ſe habet, tunc ad juramentum ſuppletorium admittitur, ſcilicet in cauſis civilibus, non verò

rò in criminalibus, v. *suprà tit. de jurejur. Dist. XI.* ast si semiplena *minori* saltem munitus sit, tunc Reo juramentum purgatorium deferri consvevit. Posses & hoc addere: Semiplena *major* in caussis summariis, antiquis & in defensione rei pro perfecta habetur, non autem reliquæ, Cravetta *Conf. 158. num. 11.* Menoch *lib. 1. præsumt. 41.* Brunneman. *Proc. civil. c. 18. num. 10.* Coler. *de Proc. execut. P. 3. c. 1. num. 62.*

DIST. V.
Inter Præsumtionem *hominis*, *juris*, *juris & de jure*.

PRæsumtio *hominis* & *juris* in eo conveniunt, quod utraque admittat probationem in contrarium: præsumtio autem, quæ *juris & de jure* dicitur, eam neutiquam admittit.

Ne verò putes, præsumtionem *hominis* & *juris* propterea planè idem esse. Persvasisse hoc sibi videtur Dn. Beyer *in posit. ff. h. t. in subjunct. post posit. 46.* de cujus objectionibus breviter videbimus. *Utraque*, inquit, *nititur sanâ ratione & consequentia certa, vel probabili, ex conditione humani generis, qualitatis personarum, aut rerum, natura contractus & negotii, &c. desumta.* Re-

ctè.

&c. Sed in eo tamen manet differentia, quod præsumtio *juris* desumatur *ex natura rerum & generis humani in universum considerati*, præsumtio *hominis* autem *ex specialibus circumstantiis in hoc illove negotio occurrentibus*. Pergit Dn. Beyer: *Ad posteriorem* (præsumtionem *juris* scilicet) *præterea requirunt, ut in LL. sit expressa. Verùm cui usui? cum & hominis præsumtio, si frivola non sit, eodem juris effectu gaudeat, neque regulæ alicujus qualiscunque in Legibus expressio majorem ei validitatem conciliet, sed requiratur, tùm ut exprimatur dispositivè & per modum theseos, tùm ut constet, eam nullius, vel minoris momenti fuisse, nisi in Lege esset expressa.* Hîc ante omnia supponendum est, JCtos per Vocem *hominis* non quemcunque hominem, sed *Judicem* solùm intelligere, cujus scilicet præsumtio effectum decisivum in foro post se trahere potest, conf. *Disp. nostr. inaugural. de præsumt. bonitat.* Quamvis verò utraque præsumtio eodem juris effectu gaudeat; hæc tamen iterùm adest differentia, quod præsumtio *juris immediatè* ex Lege descendat *nullamque præcedentem probationem requirat*, v. g. quando Leges præsumunt, *quemlibet* bonum esse: *quemlibet* fundum libertate gaudere: *neminem*

suum

suum jactare, &c. verum præsumtio *hominis præcedentem probationem aliquam omninò desiderat.* Est quippe illa vel in bonam, vel in malam partem. Priori casu oritur ex semiplena probatione & propterea Judex mihi juramentum suppletorium defert, quia præsumit, justitiam causæ à mea parte stare, cùm unum testem omni exceptione majorem pro me habeam. Posteriori casu ex depositione unius testis omni exceptione non majoris desumitur, & proinde juramentum purgationis defertur. Hæc sine dubio adhuc alicujus usus esse videntur.

Addit Dn. Beyer: *pleraque præsumtionis juris exempla in Legibus saltem per modum hypotheseos & tanquam rationes æquitatis naturalis, vel regulas bonæ interpretationis allegari, neque minùs valere præsumtiones: neminem suum jactare; contractum intelligi rebus sic stantibus &c. licet in LL. expressæ non forent.* Verùm hic non putamus, quod aliquem dissentientem habeat, qui genuinis Jurisprudentiæ civilis fundamentis est imbutus. Quando enim DD. præsumtionem *juris* nominant, tunc non præcisè talem intelligunt, quæ *ex jure civili solo* descendat, sed eam quoque, quam *jus natu-*

ra indigitat, quamvis in Legibus civilibus non fuerit repetita. Hic ergò sine necessitate dissentire videtur Dn. Beyer.

Denique, quando ad præsumtionem *juris & de jure* argumenta apodictica, v. g. mulierem prægnantem non esse virginem, &c. refert; tunc itidem à recepta hactenus vocabuli significatione recessisse videtur. DD. enim hoc saltem eodem denotant, (quod paulò post addit) *quando Leges non adeò ex facto inferunt, quàm disponunt & constituunt, quod aliter se habere conclusio non debeat.* Hinc quando in LL. dicitur, quod moriens non præsumatur jocatus esse, tunc idem est, ac moriens non debet jocari. Sic quando Tutor dicit, se res proprias per errorem in inventario inter res pupilli retulisse, tunc Leges ejus probationem non admittunt, in pœnam, quia Tutor in confectione illius inventarii majorem circumspectionem adhibere debuisset, v. *l. 13. C. arbitr. Tutel.* Fateor quidem, præsumtionis vocabulum hîc admodùm impropriè accipi, cum aliud sit præsumtio, aliud juris dispositio; sed vocabulis ita utimur, prout receptum est, quia nobis illorum significationes mutare neutiquam convenit.

LIB. XXII. TIT. IV.
De Fide instrumentorum & amissione eorum.

DISTINCT. I.
Inter Instrumentum *publicum* & *quasipublicum*.

Quasi publicum vocant, quod trium testium subscriptione est confirmatum, juxta *l.11. C.qui pot. in pign.* & illi eundem effectum tribuit Lauterbach *h.t.* quem instrumentum publicum coram Judice confectum, sive actis insinuatum habet, unde nullus usus practicus hujus distinctionis esse videtur. Sed salva nihilominus res est, manet adhuc usus non contemnendus. Quando enim in multis locis requiritur, ut v.g. contractus super venditis prædiis rusticis & urbanis in publicum instrumentum redigantur, tunc neutiquam, puto, sufficeret, si quis loco confirmationis judicialis, quæ eo ipso indigitatur, subscriptionem trium testium, tanquam æquipollens aliquod, substituere vellet. Quando E. Lauterbach utrique instrumento

to, eundem effectum tribuit, hoc saltem in casu constitutæ hypothecæ procedit, juxta *cit. l. 11. C. qui pot. in pign.* quamvis nec hactenus quidem in Saxonia applicari possit, quia ibi non solùm in plenaria alienatione, sed in oppignoratione immobilium etiam præcisè requiritur, ut judicialiter fiat.

DIST. II.

Inter Instrumentum *publicum* & *privatum*.

Publicum plenam meretur fidem, unde, qui ex publico agit, recognitionem petere necesse non habet: secus in *privato*, quod quidem contra producentem, non tamen pro eodem ante factam recognitionem probat. Speciale quid est de jure Saxonico, ubi publica quoque instrumenta ad recognitionem offerenda sunt, Carpzov. *de Processf. Tit. 14. Art. 2. n. 18.* quamvis, cum hic juratæ diffessioni locus non concedatur juxta Eundem *cit. Tit. 14. art. 3. num. 48.* eandem superfluam & abundantem non immeritò dixeris, v. Illustr. Stryk *Introd. ad prax. for. cap. 19. §. 7. in f.*

Publicum in concursu creditorum hypothecæ jus prælationis tribuit præ omnibus

hypothecis *privatis*, quamvis hæ tempore priores ſint.

Publicum in materia teſtamentorum nullas requirit ſolennitates, benè tamen *privatum*.

Publicum interdum præcisè requiritur & *privatum* non ſufficit, v.g. ſi mulier intercedit pro alio, hoc enim, ſi in privato inſtrumento fiat, mulier exceptione Sc. Vellejani opus non haberet, ſed ipsô jure tuta eſſet, *l.23. §.f. C. ad SC. Vellejan.* Item in Saxonia in alienatione & oppignoratione immobilium, & alibi etiam in alienatione prædiorum ruſticorum.

DIST. III.
Inter Inſtrumentum à *Notario* & à *privatis* confectum.

Hic maximus uſus intuitu adhibitionis certarum ſolennitatum deprehenditur. In inſtrumentis Notariorum invocatio nominis divini præcedere, & tunc porrò annus Chriſti, indictio Romana, nomen Imperatoris regnantis, menſis, dies, hora & locus ſpecialis, ubi negotium geſtum eſt, exprimi debent: adhibendi etiam ſunt teſtes, & ſubſcriptio non ſolum, ſed ſubſignatio etiam ſigillô Notariatûs facta

cta adjicienda est, de quibus omnibus fusius disponit *Ordin. Notar. de A. 1512.* §. Und demnach/ conf. Haln *ad Wesenb. h. t. num. 5. verb. sunt & solennes clausulæ*, ubi alia adhuc occurrunt; sed neutrum horum in Instrumentis privatis exigitur, ne quidem subscriptio, si quis integrum instrumentum propriâ manu conscripsit. Excipiunt communiter *rationes*, quæ & subscriptionem & diem requirunt, *l. 8. §. 15. ff. quib. mod. pign. solv. l. 1. §. ff. de Edend.* idque posterius ex ipsius rei indole, cum rationes non uno eodemque tempore, sed de die in diem conficiantur.

DIST. IV.

Inter *Chirographum, Syngrapham, Antapocham* & *Apocham.*

CHirographum vocant, quod in contractibus *unilateralibus*, præcipuè mutui, à Debitore Creditori in securitatem Crediti offertur, melioris probationis ergò: *Syngrapha* è contrario in contractibus *bilateralibus* conficitur & ab utroque contrahentium subscribitur atque cuilibet exemplar ejusdem traditur, quò pertinent instrumenta super emtione, locatione, societate, &c. confecta. Per *Apocham* Creditor testatur, pecuniam debitam à debito-

re sibi solutam esse, atque adeò hæc Chirographo directò opponitur. *Antapocha* denique est instrumentum, quô fatetur debitor, se præstationes annuas solvisse, easque ex prædio suo debere, juxta *l. 19. C. h. t.* Ceterùm præter diversum huncce conceptum in effectu non differunt, omnia enim eandem vim probandi habent, conf. Hahn *loc. cit. num. 2. verb. scripturarum autem privatarum.*

DIST. V.

Inter *Protocollum* & *transsumtum.*

P*Rotocolla* sunt scripturæ à Notariis super negotio aliquo memoriæ causà confectæ, ex quibus posteà *transsumta* (quæ propriè Instrumentorum nomine veniunt) conficiuntur. *Protocollum* ergò non desiderat solennitatem aliquam, sed distinctam saltem adnotationem omnium eorum, quæ de tempore in tempus Notario expedienda commissa fuerunt. At verò in *transsumto* omnia illa adesse debent, quorum paulò ante sub *Dist. III.* mentionem injecimus. Non tamen requirimus, ut testes à Notario adhibiti instrumentum illud simul subscribant, quod quidem putat Bachov. *in not. ad Wesenb. h. t.* sufficere enim posse putamus, quæ hic adduxit Hahn *loc. cit.*

cit. num. 5. verb. tamen communis distinctio, quod scil. novæ solennitates præter Leges non sint introducendæ, & quod ex *Nov. 73. c. 5.* firmum pro Bachovii opinione argumentum desumi nequeat. Deinde, si dissonantia quædam inter protocollum & transsumtum deprehendatur, hoc ex illo est dijudicandum, illiusque fides huic prævalet, Carpzov. *P. 1. C. 17. Def. 44.* hoc enim est referens, illud verò relatum. At referens, si à relato recedit, fidem non meretur.

DIST. VI.
Inter *Originalia* & *Copias*.

ILla semper probant, modò vitiô aliquo non laborent, juxta ea, quæ ad *Dist. II.* diximus. *Hæ* verò regulariter non probant, cum nesciamus, an fides adhibenda sit ejusmodi Copiis, annon, v. *l. 2. ff. & l. 7. C. h. t.* quia error in describendo admodum facilis & frequens.

Probant tamen *Copiæ* interdum. Huc pertinet, si exemplificatio facta citatis iis, quorum interest: si exemplum ex archivo producatur: & si in causis antiquis versemur, v. Brunnem. *Proc. Civ. c. 19. n. 9. 10. 11.* add. Hahn *ad Wesenb. h. t. num. 2. verb. Exemplar.*

Copia *vidimata* (aut *fidemata*, utrumque enim rectè scribitur) ab *auscultata* in effectu non differt, sed solùm quoad modum exemplificationis, quia in auscultatione alter prælegit, alter verò auscultat, in vidimatione autem unus utrumque, & copiam factam & originale, perlegit.

LIB. XXII. TIT. V.

De Testibus.

DISTINCT. I.

Inter Testes *omni exceptione majores & idoneos.*

TEstis *omni exceptione major* (qui etiam *classicus* vocari consvevit) semiplenam facit probationem & propterea juramento suppletorio locus est: secus in teste, qui *idoneus* saltem, aut omni exceptione major non est, v. quæ diximus *ad tit. de probat. Dist. IV.*

LIB. XXII. TIT. VI.

De Juris & Facti ignorantia.

DISTINCT. I.

Inter *ignorantiam* & *errorem.*

IGnorantiam vocamus, quando quis ad propositam ipsi quæstionem *plane tacet*: *erro-*

errorem verò, si *minùs rectè respondet*. Unde Metaphysici priorem ignorantiam *puræ negationis*, posteriorem verò *pravæ dispositionis* vocari consveverunt. Ceterùm in praxi usum non habet distinctio, quia quicquid de ignorantia in jure affirmatur, vel negatur, id quoque affirmatur vel negatur de errore eôdem ubivis modo.

DIST. II.

Inter ignorantiam *juris* & *facti*.

IN hac distinctione maxima latet utilitas. Regula enim quoad *ignorantiam juris est, quod ea excusationem neutiquam præbeat*, cum jus certum sit & definitum, quod omnes subditi scire possunt & debent, atque adeò eorum ignorantia hâc parte planè supina & ferè affectata sit.

Exceptio est in *minoribus, fœminis, militibus* & *rusticis*, de quibus Struv. *S. J. C. Ex. 28. thes. 56.* modò observes, hanc exceptionem solummodò in iis procedere, quæ meri juris civilis, non autem, quæ juris naturalis & divini positivi sunt, unde pœna non mitigatur, quamvis interdum inquisiti in Actis inquisitionalibus respondisse deprehenduntur, Sie hätten den Catechismum und die zehen Gebothe niemahln gelernet / wüsten auch

nicht/ ob stehlen/ huren/ u.d. gl. unrecht seyn/ oder nicht/ quis enim in causa est, quod hæc nesciant, nisi illi ipsi. Præcepta siquidem juris civilis sæpè multis subtilitatibus scatent & sic à quolibet comprehendi nequeunt, non autem leges divinæ, quæ simplices sunt & intellectu facillimæ.

Distingvunt verò DD. *utrum is*, qui ignorantiam juris allegat, *de damno vitando*, an verô *de lucro captando* certet. *Posteriori* casu eam nocere dicunt, non autem *priori*. Sed tamen etiam *prior* casus subdistinguendus. Aut scilicet, damnum *reverà jam passi sumus* rem nostram in alium transferendo, & tunc ignorantia juris iterùm nocet, id est, propter errorem vel ignorantiam juris non conceditur actio, *l.10.C. de jur. & fact. ignor.* aut damnum *nobis saltem imminet*, ubi rem adhuc possidemus, & tunc talis ignorantia non nocet, sed nobis exceptio competit, *l.7. & 8. ff. h.t.* quæ conciliatio harum Legum optima esse videtur & sic melior, quam eorum, qui eô casu, ubi damni reparationem intendimus, nos de captando aliquo lucro sollicitos esse asserunt, quod fundamentis juris ipsique loquendi formæ directô contrariatur. Unde etiam illi, qui ex errore juris aliquid solvit, condictio indebiti

biti rectè denegatur, prout contra dissentientes (quibus se etiam jungere voluit Dn. Beyer *Pos. ff. de Condict. indeb. pos. 29. seqq.*) rectè adstruit Lauterbach *eod. tit.* Et licet ille excipiat, *debere in accipiente causam subesse, ob quam jura ipsi retentionem indulgent*; facili tamen negotio respondetur, eô ipsô justam causam adesse, quod leges alteri hanc rem in pœnam supinæ & crassæ negligentiæ adimant, modô scilicet accipiens etiam in errore fuerit, quod ubique supponitur. His suppositis facilè intelligi potest, cur Ulpianus in *l. 25. §. 6. ff. de hered. petit.* dixerit, quod is quoque fructus retineat & pro b. f. possessore habendus sit, qui in jure erravit, v. g. qui putavit rectè factum testamentum, cum inutile erat, &c. certat siquidem hic *de damno imminente avertendo, non de damno jam perpesso resarciendo*, & ergò Leges ipsi ignoscunt. Vides ergò, in hac quoque materia verum esse, quod aliàs dicunt JCti: *Leges faciliùs exceptionem concedere, quàm actionem*, quam Legum analogiam qui non observant, mirificè se torquere coguntur.

Jam ad *ignorantiam facti* progrediamur. Hic regula priori è diametro opposita deprehenditur. *Ignorantia enim facti excusa-*

tionem omninò præbet. Facta scilicet publicè non promulgantur, ut Leges, sed secretò & nobis inscîis, qui omniscientia destituti sumus, expediuntur, ergò & à nobis exigi nequit, ut omnium factorum notitiam habeamus.

Subdistingue autem inter facta *propria* & *aliena*. Regula nostra de alienis loquitur, non de propriis. Hæc enim ignorare velle iterùm supini & affectati notam incurreret. Quid ergò, si quis e.g. ex contractu emtionis ad pretium solvendum obligatus esset, sed tamen, ubi solutionem differebat, se ex hoc capite à mora excusare vellet, quod hujus obligationis oblitus planè fuerit? Non credo ipsi hoc profuturum esse, quamvis enim oblitus fuisset, oblivisci tamen non debebat. Exceptio admitti posset, si de facto antiquo ageretur, ubi executio contractus in multos annos dilata erat, hìc enim excusationem forsan præberet vulgatum illud: *Memoriam hominum esse labilem.* Et hæc vera hujus materiæ fundamenta esse credimus; qui plures limitationes & sublimitationes, rem non explicantes, desiderat, is adire potest Hahn *in not. ad Wesenb. h. t.* Nostrum non est, ejusmodi confusiones ulterius propagare.

LIB. XXIII. TIT. I.

De Sponſalibus.

DISTINCT. I.

Inter Sponſalia *de præſenti & de futuro.*



HÆc diſtinctio ex jure Canonico deſumta eſt, & apud eos quoque, qui linguâ Latinâ utuntur, non parùm utilitatis habet. Scilicet Sponſalia *de præſenti* dicuntur, quæ verbis præſentis temporis celebrantur, v. g. *Duco te in uxorem*, & hæc firmam obligationem producunt. Sponſalia *de futuro* autem appellant, ubi promiſſio per verba futuri temporis expeditur, v. g. *Ducam te in uxorem*, & hæc præparatoria potius ſponſaliorum, quàm ipſa ſponſalia dici merentur, quia nullam planè effectum poſt ſe trahunt, v. Excell. Thomaſius *in Diſp. Lipſ. de validit. Conjug. invit. parent. contr.* §. 5. Deſſel. *Erotem. jur. Canon. lib. 4. Tit. 1. qu. 3.* ſed hæc quidem in verbis differentia apud Germanos locum non invenit, poſtquam jam ipſe Lutherus *in libello* von Ehe-Sachen/ agnovit.

es seye einerley / ob Hanß zu Grieten spreche/ich nehme dich/ oder ich will dich nehmen/ quemadmodum etiam in aliis casibus eodem recidit, sive v.g. quis dicat, ich schencke dir dieses/ oder ich will dirs schencken/ nisi forsan sponsus verba ita formaverit: Er wolle künfftig einmal mit der Caja Verlöbniß machen. Hodiè ergò *sponsalia impuberum* solùm ad Sponsalia de futuro pertinent. Communis quidem DD. confusio huc quoque sponsalia conditionalia refert, cui sententiæ ipsum Schilterum *in Instit. jur. canon. lib. 2. Tit. 10. §. 3.* nec non Huberum *Digress. P. 1. l. 2. c. 7. circ. fin.* accessisse valdè miror; sed cœcus etiam hîc, ni fallor, videre posset, utramque sponsaliorum speciem totô cœlô à se invicem distare, cum *sponsalia de futuro nullam plane*; ea autem, quæ *sub conditione* celebrantur, obligationem *ad expectandum conditionis eventum* inferant & sic pendente conditione neutri ex contrahentibus facultas pœnitendi competat, v. Dn. Thomasius *loc. prox. cit. §. 8.*

Existimant quidem nonnulli eruditi Viri, hodiè quoque illum actum, ubi prima promissio fit de ineundo matrimonio, nostri vocant das Ja-Wort/ cum sponsalibus Canonistarum de futuro convenire; verùm

rùm cum & hic jam adsit purus consensus, & solennitates posteà adhiberi solitæ, v.g. annuli traditio, convivium, publicæ gratulationes, &c. non pertineant ad essentiam sponsaliorum, hinc illi opinioni subscribere nullò modô possumus.

DIST. II.
Inter Sponsalia *publica & clandestina.*

Publica sunt, quæ coràm testibus accedente Parentum consensu celebrantur. *Clandestina* autem iterum duplicis sunt generis: aut enim *testium præsentia*, aut testibus præsentibus *parentum consensus* deficit. Hæc neutiquam confundi debent, quod quidem sæpè à DD. fieri consvevit.

Usus in eo consistit: *Publica* firmam producunt obligationem ad matrimonium ineundum, quia juxta formàm in Legibus præscriptam celebrata fuerunt.

Clandestina, ubi saltem testes desunt, pariter contrahentes obligant, nisi quod probatio difficilior reddatur v.Heigius *p.1. qv.22.* ubi tamen multos scrupulos sine necessitate movet. Melius procedit Illustr. Stryk *in not.ad Brunnem. jus Ecclesiast. l.2. c.16. §.12. verb. de his constet.*

Verùm

Verùm *Clandestina, quæ parentum consensu* destituuntur, nulla sunt, quia forma in Legibus & divinis & naturalibus requisita deficit. Parentibus enim & hac parte liberi reverentiam exhibere tenentur. Appositè Catullus:

Virginitas non tota tua est, ex parte parentum est,
Tertia pars matri data, pars data tertia patri,
Tertia sola tua est, noli pugnare duobus.

v. Heigius *d.qv.22. num.59.*

DIST. III.
Inter sponsalia *pura & conditionalia.*

Pura statim obligationem producunt & in illis facultas pœnitendi utrique parti simpliciter est præscissa. Ast in *conditionalibus* effectus usque ad eventum futurum in suspenso manet, ac quamvis nec pendente conditione pœnitere liceat, è contrario tamen eâ pendente etiam ad consummationem, agi non poteſt, quod in omnibus conventionibus conditionalibus ita observatnr, v. Carpzov. *Jurispr. Eccl. lib. 2. Def. 21. & 70.* Ceterùm omnis conditio possibilis licitè adjicitur, quamvis spem lucri

cri contineat, v. g. si sponsus officium aliquod consecutus fuerit, aut sponsa aliquot mille thalerorum attulerit dotis nomine Carpzov. *l.c. Def.* 22. Schilter *Instit. jur. Canon. lib. Tit.* 10. §. 4.

Sed quid de Conditione *impossibili* vel *turpi* statuendum, si ea forsan sponsalibus adjecta deprehendatur? Sedes hujus materiæ est in *c. fin. X. de condit. appos.* ubi Papa Gregorius IX. distinguit, (1) utrum conditio adjecta sit *factò impossibilis*, an *turpis*, & (2) an hæc turpitudo impingat *contra leges quascunque*, utrum verò *contra leges matrimoniales in specie.*

Si conditio *contra leges matrimoniales* impingit, v. g. si generationem prolis evites: donec inveniam aliam honore vel facultatibus ditiorem: aut si pro quæstu adulterandam te tradas; tunc ipse Papa fatetur, matrimonii contractum, quantumcunq; sit favorabilis, effectu carere, & hactenus benè decidit. Sed videbimus ulterius.

Scilicet, si conditio *contra leges quascunque impingat*, v. g. si furtum, homicidium, vim & similia commiseris: item, *si factò est impossibilis*, v. g. si cœlum digitò tetigeris, &c. tunc Papa has conditiones in favorem matrimonii pro non adjectis haben-

das esse pronunciat, quod Dessel. *Erotem. Jur. Canon. l.4. tit.3. qv.3.* exinde deducere nititur; quia etiam in ultimis voluntatibus ejusmodi conditiones pro non adjectis haberi solent.

Ergò de jure Canonico maximus usus distinctionis inter diversas hasce conditionum impossibilium species deprehenditur. Sed quid apud Evangelicos? Certè si Carpzovium aliosque nonnullos inspicimus, jurisprudentia Evangelicorum ab hypothesibus Pontificiorum nihil peculiare habebit, nam & ille in *cit. Jurispr. Eccl. lib. 2. Def. 24.* eadem repetit, quæ Papa dixit, & non minus, quàm hic, favorem matrimonii crepat, add. Schilter. *d.l.2. tic.10.* §.4. Verumenimverò cum hæc dispositio juris Canonici planè irrationabilis sit, cùm scilicet consensum inducat, ubi talis non est, & homines invitas etiam ad nuptios cogat, quod ipsum detestatur jus divinum naturale & positivum; DD. autem nostri in ea sint opinione, & rectè quidem, jus Canonicum Evangelicos non obligare, neque inter eos pro recepto haberi posse, nisi quatenus cum jure divino congruit; hinc juri Canonico in hac materia autoritas aliqua apud Evangelicos tribui nullâ ratione potest,

est; quod ipsum non solùm rationibus concludentibus, sed autoritatibus etiam & Theologorum & JCtorum Protestantium fusè ostendimus in *pecul. Dissertat. de Conditionibus sponsaliorum impossibilibus, hic Halæ ante duos annos habita*, quò nos brevitatis causa remittimus.

DIST. IV.
Inter *Arrham sponsalitiam, sponsalitiam largitatem* & *Morgengabam.*

Arrha sponsalitia vocatur, quæ *in ipso actu desponsationis* plerumque offertur à sponso sponsæ & vice versa, quô pertinent annuli, &c.

Sponsalitiam largitatem autem sponsus sponsæ tempore intermedio *post celebrata scilicet sponsalia usque ad nuptias* offerre solet ad eliciendum scilicet, ut creditur vulgò, sponsæ amorem.

Morgengaba denique à sponso sponsæ *altero nuptiarum die* in pretium delibatæ virginitatis dari consuevit.

Usus in eo consistit: *Arrham* retinent quidem desponsati, si matrimonium subsequitur: ast si non sequitur, tunc distinguendum, cujus culpa hoc fiat. Si *culpa sponsi* subest,

nicht/ ob stehlen/ huren/ u.d.gl. unrecht sey/ oder nicht/ quis enim in causa est, quod hæc nesciant, nisi illi ipsi. Præcepta siquidem juris civilis sæpè multis subtilitatibus scatent & sic à quolibet comprehendi nequeunt, non autem leges divinæ, quæ simplices sunt & intellectu facillimæ.

Distingvunt verò DD. *utrum is*, qui ignorantiam juris allegat, *de damno vitando*, an verô *de lucro captando* certet. *Posteriori* casu eam nocere dicunt, non autem *priori*. Sed tamen etiam *prior* casus subdistinguendus. Aut scilicet, damnum *reverà jam passi sumus* rem nostram in alium transferendo, & tunc ignorantia juris iterùm nocet, id est, propter errorem vel ignorantiam juris non conceditur actio, *l.10.C. de jur.& fact.ignor.* aut damnum *nobis saltem imminet*, ubi rem adhuc possidemus, & tunc talis ignorantia non nocet, sed nobis exceptio competit, *l.7.& 8.ff.h.t.* quæ conciliatio harum Legum optima esse videtur & sic melior, quam eorum, qui eô casu, ubi damni reparationem intendimus, nos de captando aliquo lucro sollicitos esse asserunt, quod fundamentis juris ipsique loquendi formæ directô contrariatur. Unde etiam illi, qui ex errore juris aliquid solvit, condictio indebiti

biti rectè denegatur, prout contra dissentientes (quibus se etiam jungere voluit Dn. Beyer *Pos. ff. de Condict. indeb. pos. 29. seqq.*) rectè adstruit Lauterbach *eod. tit.* Et licet ille excipiat, *debere in accipiente causam subesse, ob quam jura ipsi retentionem indulgent*; facili tamen negotio respondetur, eô ipsô justam causam adesse, quod leges alteri hanc rem in pœnam supinæ & crassæ negligentiæ adimant, modô scilicet accipiens etiam in errore fuerit, quod ubique supponitur. His suppositis facilè intelligi potest, cur Ulpianus in *l. 25. §. 6. ff. de hered. petit.* dixerit, quod is quoque fructus retineat & pro b.f. possessore habendus sit, qui in jure erravit, v. g. qui putavit rectè factum testamentum, cum inutile erat, &c. certat siquidem hic *de damno imminente avertendo, non de damno jam perpesso resarciendo*, & ergò Leges ipsi ignoscunt. Vides ergò, in hac quoque materia verum esse, quod aliàs dicunt JCti: *Leges faciliùs exceptionem concedere, quàm actionem*, quam Legum analogiam qui non observant, mirificè se torquere coguntur.

Jam ad *ignorantiam facti* progrediamur. Hic regula priori è diametro opposita deprehenditur. *Ignorantia enim facti excusa-*

tionem omninò præbet. Facta ſcilicet publicè non promulgantur, ut Leges, ſed ſecretò & nobis inſciis, qui omniſcientia deſtituti ſumus, expediuntur, ergò & à nobis exigi nequit, ut omnium factorum notitiam habeamus.

Subdiſtingue autem inter facta *propria* & *aliena*. Regula noſtra de alienis loquitur, non de propriis. Hæc enim ignorare velle iterùm ſupini & affectati notam incurreret. Quid ergò, ſi quis e.g. ex contractu emtionis ad pretium ſolvendum obligatus eſſet, ſed tamen, ubi ſolutionem differebat, ſe ex hoc capite à mora excuſare vellet, quod hujus obligationis oblitus planè fuerit? Non credo ipſi hoc profuturum eſſe, quamvis enim oblitus fuiſſet, oblivisci tamen non debebat. Exceptio admitti poſſet, ſi de facto antiquo ageretur, ubi executio contractus in multos annos dilata erat, hic enim excuſationem forſan præberet vulgatum illud: *Memoriam hominum eſſe labilem.* Et hæc vera hujus materiæ fundamenta eſſe credimus; qui plures limitationes & ſublimitationes, rem non explicantes, deſiderat, is adire poteſt Hahn *in not. ad Weſenb. h. t.* Noſtrum non eſt, ejusmodi confuſiones ulterius propagare.

LIB.

LIB. XXIII. TIT. I.

De Sponsalibus.

DISTINCT. I.

Inter Sponsalia *de præsenti* & *de futuro.*



HÆc distinctio ex jure Canonico desumta est, & apud eos quoque, qui linguâ Latinâ utuntur, non parùm utilitatis habet. Scilicet Sponsalia *de præsenti* dicuntur, quæ verbis præsentis temporis celebrantur, v. g. *Duco te in uxorem*, & hæc firmam obligationem producunt. Sponsalia *de futuro* autem appellant, ubi promissio per verba futuri temporis expeditur, v. g. *Ducam te in uxorem*, & hæc præparatoria potius sponsaliorum, quàm ipsa sponsalia dici merentur, quia nullam planè effectum post se trahunt, v. Excell. Thomasius *in Disp. Lips. de validit. Conjug. invit. parent. contr.* §. 5. Dessel. *Erotem. jur. Canon. lib. 4. Tit. 1. qu. 3.* sed hæc quidem in verbis differentia apud Germanos locum non invenit, postquam jam ipse Lutherus *in libello* von Ehe-Sachen/ agnovit.

es seye einerley / ob Hanß zu Grieten spreche/ich nehme dich/ oder ich will dich nehmen/ quemadmodum etiam in aliis casibus eodem recidit, sive v.g. quis dicat, ich schencke dir dieses/ oder ich will dirs schencken/ nisi forsan sponsus verba ita formaverit: Er wolle künfftig einmal mit der Caja Verlöbniß machen. Hodiè ergò *sponsalia impuberum* solùm ad Sponsalia de futuro pertinent. Communis quidem DD. confusio huc quoque sponsalia conditionalia refert, cui sententiæ ipsum Schilterum *in Instit. jur. canon. lib. 2. Tit. 10. §. 3.* nec non Huberum *Digress. P. 1. l. 2. c. 7. circ. fin.* accessisse valdè miror; sed cœcus etiam hîc, ni fallor, videre posset, utramque sponsaliorum speciem totô cœlô à se invicem distare, cum *sponsalia de futuro nullam plane*; ea autem, quæ *sub conditione* celebrantur, obligationem *ad expectandum conditionis eventum* inferant & sic pendente conditione neutri ex contrahentibus facultas pœnitendi competat, v. Dn. Thomasius *loc. prox. cit. §. 8.*

Existimant quidem nonnulli eruditi Viri, hodiè quoque illum actum, ubi prima promissio fit de ineundo matrimonio, nostri vocant das Ja-Wort/ cum sponsalibus Canonistarum de futuro convenire; verùm

rùm cum & hic jam adſit purus conſenſus, & ſolennitates poſteà adhiberi ſolitæ, v.g. annuli traditio, convivium, publicæ gratulationes, &c. non pertineant ad eſſentiam ſponſaliorum, hinc illi opinioni ſubſcribere nullò modô poſſumus.

DIST. II.
Inter Sponſalia *publica & clandeſtina.*

PUblica ſunt, quæ coràm teſtibus accedente Parentum conſenſu celebrantur. *Clandeſtina* autem iterum duplicis ſunt generis: aut enim *teſtium præſentia*, aut teſtibus præſentibus *parentum conſenſus* deficit. Hæc neutiquam confundi debent, quod quidem ſæpè à DD. fieri conſvevit.

Uſus in eo conſiſtit: *Publica* firmam producunt obligationem ad matrimonium ineundum, quia juxta formàm in Legibus præſcriptam celebrata fuerunt.

Clandeſtina, ubi ſaltem teſtes deſunt, pariter contrahentes obligant, niſi quod probatio difficilior reddatur v. Heigius *p.1. qu.22.* ubi tamen multos ſcrupulos ſine neceſſitate movet. Melius procedit Illuſtr. Stryk *in not. ad Brunnem. jus Eccleſiaſt. l.2. c.16. §.12. verb. de his conſtet.*

Verùm

Verùm *Clandestina, quæ parentum consensu* destituuntur, nulla sunt, quia forma in Legibus & divinis & naturalibus requisita deficit. Parentibus enim & hac parte liberi reverentiam exhibere tenentur. Appositè Catullus:

Virginitas non tota tua est, ex parte parentum est,
Tertia pars matri data, pars data tertia patri,
Tertia sola tua est, noli pugnare duobus.

v. Heigius *d.qv.22. num.59.*

DIST. III.
Inter sponsalia *pura & conditionalia.*

Pura statim obligationem producunt & in illis facultas pœnitendi utrique parti simpliciter est præscissa. Ast in *conditionalibus* effectus usque ad eventum futurum in suspenso manet, ac quamvis nec pendente conditione pœnitere liceat, è contrario tamen eâ pendente etiam ad consummationem, agi non potest, quod in omnibus conventionibus conditionalibus ita observatnr, v. Carpzov. *Jurispr. Eccl. lib. 2. Def. 21. & 70.* Ceterùm omnis conditio possibilis licitè adjicitur, quamvis spem lu-

cri contineat, v. g. si sponsus officium aliquod consecutus fuerit, aut sponsa aliquot mille thalerorum attulerit dotis nomine Carpzov. *l.c. Def.* 22. Schilter *Instit. jur. Canon. lib. Tit.* 10. §. 4.

Sed quid de Conditione *impossibili* vel *turpi* statuendum, si ea forsan sponsalibus adjecta deprehendatur? Sedes hujus materiæ est in *c. fin. X. de condit. appos.* ubi Papa Gregorius IX. distinguit, (1) utrum conditio adjecta sit *factò impossibilis*, an *turpis*, & (2) an hæc turpitudo impingat *contra leges quascunque*, utrum verò *contra leges matrimoniales in specie.*

Si conditio *contra leges matrimoniales* impingit, v. g. si generationem prolis evites: donec inveniam aliam honore vel facultatibus ditiorem: aut si pro quæstu adulterandam te tradas; tunc ipse Papa fatetur, matrimonii contractum, quantumcunq; sit favorabilis, effectu carere, & hactenus benè decidit. Sed videbimus ulterius.

Scilicet, si conditio *contra leges quascunque impingat*, v. g. si furtum, homicidium, vim & similia commiseris: item, *si factò est impossibilis*, v. g. si cœlum digitô tetigeris, &c. tunc Papa has conditiones in favorem matrimonii pro non adjectis haben-

das

est; quod ipsum non solùm rationibus concludentibus, sed autoritatibus etiam & Theologorum & JCtorum Protestantium fusè ostendimus in *pecul. Dissertat. de Conditionibus sponsaliorum impossibilibus, hic Halæ ante duos annos habita*, quò nos brevitatis causa remittimus.

DIST. IV.

Inter *Arrham sponsalitiam, sponsalitiam largitatem* & *Morgengabam*.

A*Rrha sponsalitia* vocatur, quæ *in ipso actu desponsationis* plerumque offertur à sponso sponsæ & vice versa, quô pertinent annuli, &c.

Sponsalitiam largitatem autem sponsus sponsæ tempore intermedio *post celebrata scilicet sponsalia usque ad nuptias* offerre solet ad eliciendum scilicet, ut creditur vulgò, sponsæ amorem.

Morgengaba denique à sponso sponsæ *altero nuptiarum die* in pretium delibatæ virginitatis dari consuevit.

Usus in eo consistit: *Arrham* retinent quidem desponsati, si matrimonium subsequitur: ast si non sequitur, tunc distinguendum, cujus culpa hoc fiat. Si *culpa sponsi* subest,

tunc ſponſa itidem arrhas, quas accepit, retinet; *ſin ſponſae*, tunc hæc acceptas duplicatas reſtituit; *ſin neutrius*, tunc ſimpliciter reſtituantur, *v. l. 3. & 5. C. de ſponſalib.* Hodiè uſus practicus longè diverſus obtinet. Conſiſtoriales enim ſibi communiter arrhas vindicare ſolent, ſi inter deſponſatos litigia oriantur & ſponſalia celebrata iterum reſcindantur.

Circa *ſponſalitiam largitatem* diſtinguitur in *l. 16. C. de donat. propt. nupt.* an matrimoniô non ſubſequente *oſculum intervenerit, annon. Priori* caſu dimidiam retinebat ſponſa, *poſteriori* nihil. Et hîc perinde eſſe dicunt, ſive oſcula præcedant donationem, ſive ſequantur, modò poſt jam inita ſponſalia dentur, Barboſa *in rubr. ff. ſolut. matrim. p. 2. num. 112.* Quid hodiè obtineat, de eo ferè ſilent DD. quantum ego memini, nunquam audivi, ſponſalitiam largitatem unquam redditam fuiſſe, nec tale quid apud ſcriptores reperi. Ad minimum rariſſimè evenire puto, quod oſculum non interceſſerit, & quod hac parte ſponſa probatione non ſit oneranda, ſed illa pro ſe præſumtionem militantem habeat.

Morgengabam quod concernit, ea ſine dubio plenô jure ſtatim ad novellam uxorem

per-

pertinet, atque inter Nobiles Germanos etiamnum in usu diversis in locis, quæ cum ex moribus Germanorum profluat, ad prohibitionem juris Romani de donationibus inter Virum & Uxorem planè non pertinet, quamvis forsan & ex ejusdem juris principiis facile defendi queat. Cùm hac non est confundenda *alia Morgengabæ species*, quam uxor jure peculiari ex mariti bonis capit: nec non *alia Longobardorum morbus* recepta, cui apud nos dotalitium respondere videtur, de quibus confer Ziegler *in not. ad Grot. de J. B. & P. l. 2. c. 7. §. 8. verb. Tale est matrimonium ad Morgengabicam.*

LIB. XXIII. TIT. II.
De Ritu Nuptiarum.

DISINCT. I.
Inter Nuptias *publicas* & *clandestinas*.

Hic alia planè est denominandi ratio, quàm in divisione sponsaliorum in publica & clandestina. Ibi enim ad *consensum parentum* primario respiciebatur, hic vero ad modum consummationis, nempe *ad benedictionem sacerdotalem*

talem. *Publicæ* ergò dicuntur, quæ accedente ſacerdotali benedictione conſummatæ; *clandeſtinæ* e contrario, ubi eadem deficit, & perſonæ ante legitimè deſponſatæ privatô auſu corpora communicant. Ubi tamen quilibet deprehendit, eô ipsô non committi concubinatum, cùm reverà conſenſus matrimonialis adſit, ſed ſolummodò Leges Eccleſiaſticas, quæ benedictionem ſacerdotalem præcise requirunt, violari.

Si de uſu hujus diſtinctionis diſputamus, tunc partim *ad ipſas perſonas contrahentes*, partim etiam *ad liberos ab ipſis procreatos* oculus dirigendus eſt. *Perſonæ contrahentes*, quoniam in Leges Eccleſiaſticas impingunt, cenſura etiam Eccleſiaſtica coercentur. Succeſſio tamen, quæ ex mero jure civili defertur, ſalva ipſis manet, quia jus civile benedictionem ſacerdotalem ignorat. Aſt ad ſucceſſionem ex ſtatutis non admittuntur. Requirunt enim hæc tales perſonas conjugatas, quæ Legibus Eccleſiaſticis in Provinciis receptis ſeſe conformarunt. Idem *ratione ſucceſſionis liberorum* obtinet, atque ejusmodi liberi pro legitimis omnino habentur, conf. de his Illuſtr. Stryk. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 1. c. 2. §. 49. & 50.*

DIST.

DIST. II.

Inter Matrimonium *ratum sed non legitimum* : *legitimum sed non ratum* : *legitimum & ratum simul.*

ORiginem suam hæc distinctio juri Canonico debet. Concurrunt enim in caussis matrimonialibus, quas Canones pro spiritualibus habent, duplices Leges, Ecclesiasticæ & Civiles, id est, quædam ex dispositione Legum generali requiruntur, quædam autem specialiter ex canonum ordinatione. *Legitima* ergo dicuntur matrimonia in relatione ad jus commune, *rata* autem relatione ad leges Ecclesiasticas facta. Sic e.g. si quis cum infideli matrimonium contrahit, illud quidem legitimum esse potest, si consensus contrahentium eorumque parentum accesserit, sed ratum non est, quia canones tale matrimonium non ratihabent. E contrario, si duo fideles, sed absq; parentum consensu nuptias contrahunt, ratum, quidem est, id est, canonibus conforme, verùm juri communi repugnat, ob neglectum parentum consensum. Quod si ergò illa duo conjunguntur, ratum est & simul quoq; legitimum.

Sed quid de usu dicendum? Sanè, si legitimum non sit matrimonium, id est, si consensus deficiat, sine dubio nullum illud erit ac propterea rescindendum: verum, si ratum non sit, rescissio non statim locum invenit, quamvis non pauci ex Canonistis contrarium propugnent, v. Brunnem. *de jur. Eccles. l. 2. cap. 17. §. 8. in not. verb. cum infideli contractum*, quorum tamen opinio Evangelicis sese non adprobat, propter textum *1. Corinth. 7.* conf. Schilter. *Instit. jur. canon. l. 2. Tit. 10. §. 13.*

DIST. III.
Inter Matrimonium *justum* & *injustum*.

HÆc distinctio theoreticè etiam falsa est, Matrimonium enim injustum planè non est matrimonium, cùm hoc juxta Leges celebrari debeat, illud verò injustum Legibus è diametro contrariatur. Hæc cùm ita sese habeant, non opus est, ut de usu practico disspiciamus.

DIST. IV.
Inter Matrimonium *verum* & *præsumtum*.

VErum dicunt, quod modô legitimo probari potest, e. g. per testes & per instrumenta:

menta: *præsumtum*, ad quod probandum conjecturæ in medium vocantur, v.g. diutina cohabitatio, quod tamen admittit probationem in contrarium. Hæ duæ species ergò non aliter, quàm *solò modò probandi* differunt.

DIST. V.

Inter Matrimonium *inchoatum, perfectum* & *consummatum*.

PRima species planè incongruè huc refertur, quia per illam sponsalia denotantur, at verò sponsalia non sunt species matrimonii juxta receptum loquendi usum, sed matrimonio opponuntur.

Restant ergò duæ posteriores, *perfectum* scilicet & *consummatum*. Matrimonium prius describit Lauterbach. *ad h. t. quod absolutum est ratione essentiæ*, id est, prout puto, ubi non solùm declaratio consensus, sed ipsa etiam sacerdotalis benedictio adest, (quia aliàs non esset matrimonium, sed sponsalia, benedictio sacerdotalis enim quin moribus nostris ad essentiam matrimonii spectet, nullum dubium est. Ad *consummatum* verò præter copulam illam sacerdotalem carnalis quoque, id est, corporum conjunctio requiritur, quia tunc demum conjugati scopum suum planè assecuti sunt. Ergò ex sola con-

la conſcenſione thalami, wenn das Ehebette beſchritten/ regulariter plena conſummatio nondum provenit.

Verum enim verò, ſi dicendum, quod res eſt, uſum hujus diſtinctionis non invenio. Nec enim perfectum matrimonium ex aliis cauſis iterum reſolvi poteſt, quam quidem conſummatum, & vice verſâ. Jura quoque uxori ratione dotis utroque caſu eodem modô competunt, Illud unicum ſolummodò excipitur, quod jure Saxonicô, ſi *de ſucceſſione in portione ſtatutaria* agitur, perfectio matrimonii non ſufficiat, ſed conſummatio ejusdem neceſſario requiratur, ita tamen, ut ſola thalami conſcenſio hic jam pro conſummatione habeatur, v. Carpzov. *P. 3. C. 19. Def. 4.* Idem in Marchia. In aliis locis ſufficit, modò ſacerdotalis benedictio acceſſerit, Illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Brunn. Jus Eccleſ. l. 2. c. 17. §. 40. verb. poſt conſcenſum thalami.*

DIST. VI.

Inter conſenſum paternum, qui in liberorum nuptiis ex *honeſtate* & qui ex *neceſſitate* requiritur.

MUltùm intereſt, hæc duo à ſe invicem accuratè diſtinxiſſe. Quod ſi enim *honeſta-*

neßatis saltem causâ liberi ad impetrandum consensum paternum obstringuntur, exinde sequitur, liberos quidem peccare in conscientia sua, si neglecto eo ad matrimonia provolant, & propterea etiam à Magistratu politico pœna aliqua arbitraria coërceri posse, sed ita tamen, ut ipsum matrimonium perfectum maneat & salvum. E contrario autem si dictum consensum *necessitatis* esse statuimus, matrimonium eô missô irritum omnino erit & nullum.

Ast, quæstio principalis in eo nunc consistit, quale prædicatum ex hisce duobus consensus paternus apud nos in praxi mereatur? Non inutile erit fortassis, si antequam ad hanc quæstionem respondemus, singulas Legum divinarum & humanarum species percurramus & quid illæ de consensu hocce disponant, breviter recenseamus, idque ductu eorum, quæ Excell. Dn. Thomasius *in Diss. Lips. de matrim. invit. parent. contr. §. 16. seqq.* de hac materia fusè & accuratè disserit.

Scilicet quoad *jus naturæ* distinguendum est, utrum liberi adhuc in familia paterna maneant, an verò ex eadem jam discesserint & propriam sibi constituerint. Priori casu necessitatis erit consensus & propterea parentes nuptias ipsis invitis contractas rescin-

dere poterunt, quia conjugium liberorum est actus maximi momenti in familia & multis modis in præjudicium parentum cedere potest. Posteriori casu consensus honestatis saltem erit, cum ex lumine naturæ nulla ratio adferri possit, quæ matrimonium dissolvendum esse directò suadeat.

Jus divinum positivum sæpius liberis inculcat, ut obedientiam parentibus suis ubique præstent, atque actionum suarum directionem iisdem relinquant, pœnam quoque illis minatur, qui jussus paternos spernunt eorumque monita susque deque habent; sed nullibi invenitur in S. Scriptura, matrimonia liberorum propterea rescindenda esse, quæ absque parentum consensu inita fuerunt. Ad dubia, quæ hic movet Havemann *in Gamolog. Synopt. lib. 1. tit. 3. posit. 2.* jam responsum est in *cit. Disp.* §. 17.

Leges Justinianeæ consensum parentum in liberorum (in potestate patria existentium) nuptiis sine dubio de necessitate exigunt, & sic matrimonia eo destituta pro nullis declarant, *pr. I. de nupt.* in nuptiis emancipatorum itidem honestatis solummodò fuit.

Jure Canonico consensus parentum indistinctè de honestate saltem exigitur, sive liberi existant in patria potestate, sive emanci-

cipati sint. Ad textus obstantes ex jure Canonico responsum est in *dict. disp.* §. *19*.

Quod *praxin* attinet, cùm jus Canonicum in causis matrimonialibus ex unanimi DD. confessione Legibus Romanis præferatur, hinc sine dubio etiam, nisi aliud dispositum inveniatur, consensus paternus hodie de necessitate non erit, sed ex honestate solùm adhibendus. Testantur id plurima exempla, ubi liberi insciis parentibus sese conjunxerunt & à Clerico quodam Pontificio, vel Evangelico etiam, extra Provinciam se copulari curaverunt, & nihilominus tamen ejusmodi nuptiæ non fuerunt dissolutæ, aut pro nullis declaratæ. Dixi autem, *nisi aliud dispositum inveniatur*. In nonnullis enim Provinciis, v. g. Sceptro Borussico subjectis, & ni fallor, in Ducatu Brunsuicensi & Luneburgensi, contrarium obtinet, ita, ut quamvis ipsa corporum conjunctio jam accessisset, declaratio nullitatis adhuc tamen fieri queat. Interim, qui ejusmodi constitutionem in Provincia aliqua adesse dicit, hoc assertum suum in dubio probare tenetur, quia pro observantia juris Canonici præsumtio militat. In Saxonia defectus consensus paterni matrimonia liberorum non reddit irrita, parentibus tamen liberos

pro-

propterea exheredes scribere permistitur, Carpzov. *Jurispr. Eccles. lib. 2. Tit. 3. Def. 54.*

DIST. VII.
Inter Cognationem *spiritualem* & *secularem*.

COgnatio *spiritualis* jure decretalium inter baptizatum & compatrem ejusque filios & uxorem, imò inter eum & baptizati Patrem atque matrem, nec non inter hos & baptizantem contrahitur. Sic quoque talis cognatio ex sacramento confirmationis apud Pontificios oritur. Concilium Tridentinum tamen hoc eatenus restrinxit, ut non amplius ad suscipientis compatris filios & uxorem transeat cognatio, sed saltem inter baptizantem & baptizatum ejusque parentes, item inter susceptorem & baptizatum ejusque patrem & matrem contrahatur. Verùm, quia Evangelici hanc cognationis speciem planè non agnoscunt, v. Gerhard *Loc. Theol. loc. de conjug. num. 367. seqq.* inde adlata distinctio nullius quoque momenti erit, & matrimonia inter jam enumeratas personas contracta non rescindentur, quod fiebat jure Canonico, v. fusè de hac materia Dessellus *Erotem. jur. canon. lib. 4. Tit. 10. qu. 3. seqq.* Sanchetz *de matrimon. l. 7.*

Disp.

Disp. 54. seqq. Quamvis verò & in *l. 26. circ. fin. C. de nupt.* matrimonium inter susceptorem & susceptam jam prohibitum fuerit; hoc tamen ex eadem erronea ratione factum, quam jus canonicum habet, *quia scilicet per baptismum renascitur homo & sic cognatio aliqua exinde oritur*, v. Dessel. *loc. cit. qu. 2.* Et ergò dum eam Pontificiorum rationem generaliter rejecimus, nec Jus civile, nec canonicum hac parte nos obligabit, neque video, quâ ratione illi, qui contrariam juri civili hic allegat consuetudinem probatio imponi, & quomodo adhuc ad petendam dispensationem adstiingi queat, qui cum susceptore suo nuptias celebrare intendit? Jus civile enim hâc parte nunquam potuit esse receptum apud Evangelicos.

DIST. IIX.

Inter Cognationem secularem *naturalem* s. sanguinis, & *civilem* s. legalem.

PRior ex propagatione sanguinis oritur inter personas, quæ vel generârunt alias, vel quæ ab eodem communi stipite generatæ sunt, *& hæc perpetuum effectum habet.* *Posterior* ex adoptione provenit, & hæc quidem

talem. *Publica* ergò dicuntur, quæ accedente sacerdotali benedictione consummatæ; *clandestina* e contrario, ubi eadem deficit, & personæ ante legitimè desponsatæ privatô ausu corpora communicant. Ubi tamen quilibet deprehendit, eô ipsô non committi concubinatum, cùm reverà consensus matrimonialis adsit, sed solummodò Leges Ecclesiasticas, quæ benedictionem sacerdotalem præcise requirunt, violari.

Si de usu hujus distinctionis disputamus, tunc partim *ad ipsas personas contrahentes*, partim etiam *ad liberos ab ipsis procreatos* oculus dirigendus est. *Personæ contrahentes*, quoniam in Leges Ecclesiasticas impingunt, censura etiam Ecclesiastica coercentur. Successio tamen, quæ ex mero jure civili defertur, salva ipsis manet, quia jus civile benedictionem sacerdotalem ignorat. Ast ad successionem ex statutis non admittuntur. Requirunt enim hæc tales personas conjugatas, quæ Legibus Ecclesiasticis in Provinciis receptis sese conformarunt. Idem *ratione successionis liberorum* obtinet, atque ejusmodi liberi pro legitimis omnino habentur, conf. de his Illustr. Stryk. *de success. ab intest. Diss. 1. c. 2. §. 49. & 50.*

DIST.

DIST. II.

Inter Matrimonium *ratum sed non legitimum: legitimum sed non ratum: legitimum & ratum simul.*

ORiginem suam hæc distinctio juri Canonico debet. Concurrunt enim in causis matrimonialibus, quas Canones pro spiritualibus habent, duplices Leges, Ecclesiasticæ & Civiles, id est, quædam ex dispositione Legum generali requiruntur, quædam autem specialiter ex canonum ordinatione. *Legitima* ergo dicuntur matrimonia in relatione ad jus commune, *rata* autem relatione ad leges Ecclesiasticas facta. Sic e.g. si quis cum infideli matrimonium contrahit, illud quidem legitimum esse potest, si consensus contrahentium eorumque parentum accesserit, sed ratum non est, quia canones tale matrimonium non ratihabent. E contrario, si duo fideles, sed absq; parentum consensu nuptias contrahunt, ratum, quidem est, id est, canonibus conforme, verùm juri communi repugnat, ob neglectum parentum consensum. Quod si ergò illa duo conjunguntur, ratum est & simul quoq; legitimum.

Sed quid de usu dicendum? Sanè, si legitimum non sit matrimonium, id est, si consensus deficiat, sine dubio nullum illud erit ac propterea rescindendum: verum, si ratum non sit, rescissio non statim locum invenit, quamvis non pauci ex Canonistis contrarium propugnent, v. Brunnem. *de jur. Eccles. l. 2. cap. 17. §. 8. in not. verb. cum infideli contractum*, quorum tamen opinio Evangelicis sese non adprobat, propter textum *1. Corinth. 7.* conf. Schilter. *Instit. jur. canon. l. 2. Tit. 10. §. 13.*

DIST. III.
Inter Matrimonium *justum* & *injustum.*

HÆc distinctio theoreticè etiam falsa est. Matrimonium enim injustum planè non est matrimonium, cùm hoc juxta Leges celebrari debeat, illud verò injustum Legibus è diametro contrariatur. Hæc cùm ita sese habeant, non opus est, ut de usu practico dispiciamus.

DIST. IV.
Inter Matrimonium *verum* & *præsumtum.*

V*Erum* dicunt, quod modò legitimo probari potest, e. g. per testes & per instrumenta:

menta: *præſumtum*, ad quod probandum conjecturæ in medium vocantur, v.g. diutina cohabitatio, quod tamen admittit probationem in contrarium. Hæ duæ ſpecies ergò non aliter, quàm *ſolô modô probandi* differunt.

DIST. V.

Inter Matrimonium *inchoatum, perfectum* & *conſummatum.*

PRima ſpecies planè incongruè huc refertur, quia per illam ſponſalia denotantur, at verò ſponſalia non ſunt ſpecies matrimonii juxta receptum loquendi uſum, ſed matrimonio opponuntur.

Reſtant ergò duæ poſteriores, *perfectum* ſcilicet & *conſummatum*. Matrimonium prius deſcribit Lauterbach. *ad h. t. quod abſolutum eſt ratione eſſentiæ*, id eſt, prout puto, ubi non ſolùm declaratio conſenſus, ſed ipſa etiam ſacerdotalis benedictio adeſt, (quia aliàs non eſſet matrimonium, ſed ſponſalia) benedictio ſacerdotalis enim quin moribus noſtris ad eſſentiam matrimonii ſpectet, nullum dubium eſt. Ad *conſummatum* verò præter copulam illam ſacerdotalem carnalis quoque, id eſt, corporum conjunctio requiritur, quia tunc demum conjugati ſcopum ſuum planè aſſecuti ſunt. Ergô ex ſo-

la conſcenſione thalami, wenn das Ehebette beſchritten/ regulariter plena conſummatio nondum provenit.

Verum enim verò, ſi dicendum, quod res eſt, uſum hujus diſtinctionis non invenio. Nec enim perfectum matrimonium ex aliis cauſis iterum reſolvi poteſt, quam quidem conſummatum, & vice verſâ. Jura quoque uxori ratione dotis utroque caſu eodem modô competunt. Illud unicum ſolummodò excipitur, quod jure Saxonicô, ſi *de ſucceſſione in portione ſtatutaria* agitur, perfectio matrimonii non ſufficiat, ſed conſummatio ejusdem neceſſario requiratur, ita tamen, ut ſola thalami conſcenſio hic jam pro conſummatione habeatur, v. Carpzov. *P.3. C.19. Def.4.* Idem in Marchia. In aliis locis ſufficit, modò ſacerdotalis benedictio acceſſerit, Illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Brunn. Jus Eccleſ. l. 2. c. 17. §. 40. verb. poſt conſcenſum thalami.*

DIST. VI.

Inter conſenſum paternum, qui in liberorum nuptiis ex *honeſtate* & qui ex *neceſſitate* requiritur.

MUltum intereſt, hæc duo à ſe invicem accuratè diſtinxiſſe. Quod ſi enim *honeſta-*

neßitatis saltem causâ liberi ad impetrandum consensum paternum obstringuntur, exinde sequitur, liberos quidem peccare in conscientia sua, si neglecto eo ad matrimonia provolant, & propterea etiam à Magistratu politico pœna aliqua arbitraria coërceri posse, sed ita tamen, ut ipsum matrimonium perfectum maneat & salvum. E contrario autem si dictum consensum *necessitatis* esse statuimus, matrimonium eô missô irritum omnino erit & nullum.

Ast, quæstio principalis in eo nunc consistit, quale prædicatum ex hisce duobus consensus paternus apud nos in praxi mereatur? Non inutile erit fortassis, si antequam ad hanc quæstionem respondemus, singulas Legum divinarum & humanarum species percurramus & quid illæ de consensu hocce disponant, breviter recenseamus, idque ductu eorum, quæ Excell. Dn. Thomasius *in Diss. Lips. de matrim. invit. parent. contr. §.16. seqq.* de hac materia fusè & accuratè disserit.

Scilicet quoad *jus naturæ* distinguendum est, utrum liberi adhuc in familia paterna maneant, an verò ex eadem jam discesserint & propriam sibi constituerint. Priori casu necessitatis erit consensus & propterea parentes nuptias ipsis invitis contractas rescin-

dere poterunt, quia conjugium liberorum est actus maximi momenti in familia & multis modis in præjudicium parentum cedere potest. Posteriori casu consensus honestatis saltem erit, cum ex lumine naturæ nulla ratio adferri possit, quæ matrimonium dissolvendum esse directò suadeat.

Jus divinum positivum sæpius liberis inculcat, ut obedientiam parentibus suis ubique præstent, atque actionum suarum directionem iisdem relinquant, pœnam quoque illis minatur, qui jussus paternos spernunt eorumque monita susque deque habent; sed nullibi invenitur in S. Scriptura, matrimonia liberorum propterea rescindenda esse, quæ absque parentum consensu inita fuerunt. Ad dubia, quæ hic movet Havemann *in Gamolog. Synopt. lib. 1. tit. 3. posit. 2.* jam responsum est in *cit. Disp.* §. 17.

Leges Justinianeæ consensum parentum in liberorum (in potestate patria existentium) nuptiis sine dubio de necessitate exigunt, & sic matrimonia eo destituta pro nullis declarant, *pr. I. de nupt.* in nuptiis emancipatorum itidem honestatis solummodò fuit.

Jure Canonico consensus parentum indistinctè de honestate saltem exigitur, sive liberi existant in patria potestate, sive emanci-

cipati sint. Ad textus obstantes ex jure Canonico responsum est in *dict. disp.* §. *19*.

Quod *praxin* attinet, cùm jus Canonicum in causis matrimonialibus ex unanimi DD. confessione Legibus Romanis præferatur, hinc sine dubio etiam, nisi aliud dispositum inveniatur, consensus paternus hodie de necessitate non erit, sed ex honestate solùm adhibendus. Testantur id plurima exempla, ubi liberi insciis parentibus sese conjunxerunt & à Clerico quodam Pontificio, vel Evangelico etiam, extra Provinciam se copulari curaverunt, & nihilominus tamen ejusmodi nuptiæ non fuerunt dissolutæ, aut pro nullis declaratæ. Dixi autem, *nisi aliud dispositum inveniatur*. In nonnullis enim Provinciis, v. g. Sceptro Borussico subjectis, & ni fallor, in Ducatu Brunsuicensi & Luneburgensi, contrarium obtinet, ita, ut quamvis ipsa corporum conjunctio jam accessisset, declaratio nullitatis adhuc tamen fieri queat. Interim, qui ejusmodi constitutionem in Provincia aliqua adesse dicit, hoc assertum suum in dubio probare tenetur, quia pro observantia juris Canonici præsumtio militat. In Saxonia defectus consensus paterni matrimonia liberorum non reddit irrita, parentibus tamen liberos

pro-

Disp. 54. *seqq.* Quamvis verò & in *l.* 26. *circ. fin. C. de nupt.* matrimonium inter susceptorem & susceptam jam prohibitum fuerit; hoc tamen ex eadem erronea ratione factum, quam jus canonicum habet, *quia scilicet per baptismum renascitur homo & sic cognatio aliqua exinde oritur*, v. Dessel. *loc. cit. qu.* 2. Et ergò dum eam Pontificiorum rationem generaliter rejecimus, nec Jus civile, nec canonicum hac parte nos obligabit, neque video, quâ ratione illi, qui contrariam juri civili hic allegat consuetudinem probatio imponi, & quomodo adhuc ad petendam dispensationem adstiingi queat, qui cum susceptore suo nuptias celebrare intendit? Jus civile enim hâc parte nunquam potuit esse receptum apud Evangelicos.

DIST. IIX.

Inter Cognationem secularem *naturalem* s. sanguinis, & *civilem* s. legalem.

Prior ex propagatione sanguinis oritur inter personas, quæ vel generârunt alias, vel quæ ab eodem communi stipite generatæ sunt, *& hæc perpetuum effectum habet. Posterior* ex adoptione provenit, & hæc quidem

dem *quoad ascendentes & descendentes* adoptati *effectum perpetuum habet*, sed inter eos, *qui à latere* per adoptionem conjuncti sunt, scilicet adoptatum & filios naturales adoptantis, *durante saltem adoptione* impedimentum matrimonii parit, *t. c. un. X. de cogn. legal.* §. 1. & 2. *J. de nupt.* Dessel. *l. 4. Tit. 12. qu. 2.* Hodiè cognationem legalem planè non amplius attendi communiter statuunt, v. Havemann *Gamolog. Synopt. l. 2. tit. 6. problem. 10. num. 2.* Illustr. Dn. Stryk. *in not. ad Brunn. jus Eccles. l. 2. c. 16. §. 19. verb. prohibitio legalis*, qui tamen adhuc dispensatione opus esse putat.

DIST. IX.

Inter Computationem *civilem* & *canonicam*.

Juxta *jus civile* una est generatio unius personæ, unde tot dicuntur generationes, quot sunt personæ genitæ: sed *jure canonico* una generatio dicitur omnium filiorum ab eodem patre procreatorum, altera eorum qui ab his filiis geniti sunt, & ita deinceps tertia, quarta & ulteriores generationes accipiuntur, germanicè exprimitur accuratè per vocem: Glied / das erste / andere Glied. &c. vid. Julius Pacius *in anal. Inst. ad pr. tit. 6. lib. 3.*

Quoad

Quoad lineam rectam nulla diversitas inter utramque computationem deprehenditur, sed solummodò quoad collateralem sive obliquam. Fluit enim ex ante adducta descriptione, quod secundum jus civile tot esse debeant gradus, quot personæ in utroque latere deprehenduntur, quia tot sunt generationes, & quod propterea frater fratri in gradu secundo conjunctus sit: è contrario autem, quod juxta jus canonicum utrumque latus pro uno habeatur, unde duo fratres sibi è regione oppositi primam constituunt generationem & sic primum quoque gradum. Quod si latera sunt inæqualia, tunc longius numerandum est, quia hoc novam constituit generationem & sic novum gradum.

Sed quæritur nunc, quænam ex hisce duabus computationibus alteri præferenda sit in praxi? Resp. utramque suum usum habere, sed in diversis casibus. *Computatio canonica* toties observatur in praxi, quoties *de prohibitione vel permissione matrimoniorum* quæritur, & propterea ordinationes Ecclesiasticæ de gradibus consanguinitatis loquentes hanc computationem indigitâsse intelliguntur. Verum enim verò in *materia successionis computatio civilis* communiter obser-

observatur. Idem obtinet in aliis causis civilibus v. g. *in immunitate à testimonio dicendo*, quando nempe in *l. 4. ff. de test.* dicitur neminem usque ad sextum gradum inclusive compelli posse, ut invitus testimonium dicat. Item: *in mandato præsumtio*, quando scilicet quæritur, ad quem usque gradum inter cognatos tale mandatum præsumatur? ubi in *l. 35. pr. ff. de Procur.* fratrum saltem fit mentio & sic illa præsumtio in secundo saltem gradu lineæ collateralis locum invenit. Plura adducere superfluum foret, sufficere enim potest regula generalis: *In omnibus causis, præter matrimoniales, computationem juris civilis locum habere.*

LIB. XXIII. TIT. III.
De Jure Dotium.

DISTINCT. I.
Inter Dotem *veram* & *putativam*.

Veræ & putativæ dotis appellationes à principali, cui accedit dos, matrimonio scilicet, desumtæ sunt. Quod si enim matrimonium verum est, dos quoque idem prædicatum meretur; sin illud putativum, hæc quoque putativæ nomen

men habet. Per matrimonium putativum autem communiter illud intelligunt, quod quidem contra Legum dispositionem, ex ignorantia facti tamen celebratum est, v. g. si frater & soror in tenella ætate ab hostibus in diversa loca abducantur & postmodum vinculi consanguinitatis ignari sese conjungant. Hæc quoad explicationem ipsorum terminorum. Quantum verò ad usum fori attinet, inter dotem veram & putativam exigua, vel potius nulla, intercedere videtur differentia. Quamdiu enim dos putativa manet, id est, quamdiu partes contrahentes in ignorantia sua persistunt, iisdem privilegiis & juribus gaudet, quæ de dote vera unquam prædicari possunt. Quod si verò ignorantiam illam exuunt conjuges, tunc quidem omnia ejus jura cessant, sed tunc quoque non amplius est dos putativa. Non melius videtur hæc res illustrari posse, quam per distinctionem aliàs inter verum dominum & b. f. possessorem usitatam. Nam tunc dicitur, bonam fidem tantundem præstare possidenti, quantum veritas præstat. *l. 136. ff. de R. J.* sed hoc statim cessat, quamdiu illa bona fides desinit. Eodem modo comparatum est, si partes bona fide, id est, per ignorantiam facti, matrimonium in gradu prohibito contrahunt. K DIST.

DIST. II.
Inter Dotem *constitutam* & *promissam.*

DOtem promissam non propriè dotem esse, adstruit Lauterb. *Comp. jur. h. tit.* & in eam rem allegat *l. ff. solut. matrim. l. 13. §. 2. ff. de fund. dot.* addita ratione, *quod dos per rei traditionem constituatur.* Sed si evolvuntur istæ Leges, ne minimum quidem in illis deprehenditur, quo Lauterbachii sententia stabiliri possit. Ipse quoque fatetur, in pactis & statutis dotem promissam etiam sub nomine dotis venire, & sic v. g. maritum in Saxonia æquè lucrari dotem promissam, quam constitutam, &c. Si dicendum, quod res est, dos constituta & promissa non aliter differre videntur, quàm quod supra *ad tit. de emt. vend.* de distinctione *inter emtionem perfectam & consummatam* diximus, scilicet, quod dos promissa jus personale saltem marito tribuat, & sic ille rem penes tertium existentem jure proprio vindicare nondum possit, quod tamen ipsi conceditur, si dos est stituta, id est, per traditionem condotis consummatus.

DIST.

DIST. III.

Inter Dotem *profectitiam* & *adventitiam*.

PRofectitia vocatur, quæ à mulieris patre, ac aliò in linea paterna ascendente constituta, sine distinctione, an constituens mulierem in sua potestate habeat, annon, *l. 5. §. 11. ff. h. t.* *Adventitia* autem est, quæ à matre mulieris, vel avo materno, aut à quovis alio data, v. Struv. *S. I. C. Ex. 30. th. 4.* & huc etiam pertinet, si pater, cùm deberet filiæ (emancipatæ, e. g. ex contractu,) ejus voluntate dedit, non enim ut parens dedit, *v. d. l. 5. §. 11. ff. h. t.* Interim usum in hac distinctione in praxi non deprehendo, cùm marito idem jus competat, & uxori etiam eadem ubique privilegia, sive dos profectitia fuerit, sive adventitia.

DIST. IV.

Inter bona *dotalia, paraphernalia* & *receptitia*.

HÆc distinctio, si unquam alia, maximum usum in praxi habet, qui partim *intuitu uxoris*, partim etiam *intuitu Mariti* se exerit.

Uxor quoad *dotalia* non solùm gaudet jure tacitæ hypothecæ, sed jure prælationis etiam, vi cujus omnibus creditoribus expres-

ſam hypothecam eamque antiquiorem habentibus in concurſu ſuper mariti bonis moto præponitur, *l. aſſiduis C. Qui pot, in pign.* (in Saxonia hoc ſaltem in hypotheca priori tacita procedit, Brunnem. *de Proc. Conc. Credit. c. 5. §. 27.*) In *paraphernalibus* tacitâ ſaltem hypotheca gaudet à tempore commiſſionis & illationis æſtimanda, Carpzov. *P. 1. Conſt. 28. Def. 87. ſeqq.* (Jure Magdeburgico dotalia & paraphernalia iisdem gaudent privilegiis, Martini *ad Proceſſ. Saxon. tit. 43. §. 2. n. 7.*) Verùm quoad *receptitia* plus juris uxori non competit, quàm aliis creditoribus, unde ſi uxor ex pecunia ſua receptitia certam quantitatem marito mutuo dedit, ad claſſem chirographariorum refertur, ſi de hypotheca ſibi non proſpexit, prout contra Richterum *de privil. Cred. c. 3. ſect. 1. num. 111.* adſtruit Illuſtr. Stryk. *in not. ad B. Brunnem Proc. Conc. cred. cap. 5. §. 33. verb. obliget.*

Sed quid, ſi maritus adminiſtrationem bonorum receptitiorum de facto ſibi arroget atque hôc nomine deinde uxoris ſuæ debitor evadat, *quæritur, annon tunc quoque tacitam hypothecam in bonis mariti habeat?* Affirmat quæſtionem Brunnem. *d. c. 5. §. 33.*

ex

ex ea causa, *quod nulla appareat ratio, cur non etiam receptitiorum bonorum administratio, si ea uxor non commiserit, obliget;* Verùm ex illis quæ ipse Beatus Vir *d. c. 5.* §. *52.* habet, *ibi: videntur tamen, id sine textu facere,* & quæ nos suprà ad distinctionem inter hypothecam tacitam & expressam diximus, quod nempe in hac materia ab identitate rationis & æquitatis argumentari non liceat; sententia contraria sine dubio majus pondus habebit, cui etiam adstipulari videtur Carpzov. *P. 2. C. 24. Def. 4.* ab ipso Brunnemanno allegatus.

Hæc, quæ adduximus, de eo casu intelligenda sunt, si res uxoris *jam sunt consumta;* quod si verò *eadem adhuc extant,* tunc uxor indistincte illas vindicat, sive sint dotales, sive paraphernales, sive receptitiæ, Brunneman. *d. c. 5.* §. *6.* & *33.*

Observandum quoque est, quod in eo bona dotalia paraphernalibus prævaleant, quia dotalitium & donatio propter nuptias tanquam correlatum *bonorum dotalium* considerantur; at licet uxoris *paraphernalia* quàm maxima sint, propterea tamen commodo aliquo reciproco non gaudet.

Quantum *ad maritum* attinet, is *bona dotalia*, si constante matrimonio eorum possessio penes tertium deprehendatur, *vindicare* potest, tanquam dominus: at *paraphernalia* & *receptitia* non potest. Ceterùm tamen, quoad perceptionem emolumentorum, inter bona dotalia & paraphernalia nihil omninò interest. Nam maritus ex dotalibus etiam *ordinaria* saltem emolumenta percipit, quippe quæ fructuum nomine propriè veniunt, non autem extraordinaria v. g. thesaurum, lapidicinam, &c. *v. l. 7. §. 12. 13. ff. solut. matrim.* unde mariti dominium in rebus dotalibus reverà ab usufructu non differt, nisi *quoad facultatem vindicandi*, quâ usufructuarius destituitur, quod ipsum in causa fuisse puto, quare DD. illud dominium ab omnibus aliis separaverint & *civilis* nomine insigniverint.

Porrò si Uxor intuitu bonorum dotalium conveniture maritus solus *proprio nomine* actionem suscipit, & absurdum adeo esset, si ille, quod nonnulli imperiti faciunt, Curatorio nomine sese subscribere vellet. At in paraphernalibus & receptitiis non aliter, nisi *Curatorio nomine* admittitur, sed tamen cum hac iterum differentia, quod in paraphernalibus ad mandatum, vel potius Curato-

ratorium producendum non sit obstrictus, quia hîc autoritatem suam immediatè ex Legis dispositione habet, quod in receptitiis secus est, quamvis & hic propter præsumtionem pro ipso militantem cum cautione de rato admittatur, *l. 21. C. de Procur.*

Bona *dotalia immobilia* maritus ne quidem consentiente uxore alienare potest, *pr. J. quib. alien. lic. vel non.* at *paraphernalia* potest, mandante scilicet & consentiente Uxore, non nomine proprio, quia non est Dominus. Moribus Saxonicis etiam dotalia rectè alienantur, accedente mulieris ejusque Curatoris consensu interveniente etiam causæ cognitione & decreto Magistratus Richter *de success. sect. 4. membr. 2. n. 10. seqq.* Struv. *Exerc. 30. th. 22.* Extra Saxoniam in plerisque Germaniæ locis dotalia itidem hodiè alienari posse, asserit ad Schilterum provocans Hoppius *in Comm. ad pr. J. quib. alien. licet in usu mod.* sed nescio, an huic asserto in dubio fides tutò adhiberi possit, cum dotium idem adhuc sit favor, qui olim erat. Illud interim expeditum est, alienationem validam esse, si Uxor in eam juratò consenserit, v. Struv. *d. Ex. 30. th. 21.*

Restat, ut dispiciamus, *quid in dubio præsumendum sit, utrum scilicet bona uxoris pro*

dotalibus, paraphernalibus, an vero pro receptitiis haberi debeant? Communis & in foro recepta regula est; *Bona marito allata in dubio haberi pro paraphernalibus, non dotalibus, neque etiam pro receptitiis.* Ergò, si maritus asserit, quædam ex illis esse dotalia; Uxor contra, quædam esse receptitia, assertionis hujus probatio & marito & uxori incumbit pro diversitate casuum. Scrupulos, quos hic movet Dn. Beyer *pos. ff. h. t. p. 544.* facilè removeri posse puto. Autoritatem siquidem Hartmanni Pistoris, Antonii Fabri & Carpzovii *quoad ea, quo tempore nuptiarum ab uxore adferuntur:* Schilteri etiam eorum intuitu, *quæ post matrimonium contractum uxori redunt,* jam sequestrare possumus, salva aliàs eorum autoritate. Interim postquam jus Romanum in materia dotium semel receptum fuit, (utrum benè, an malè, ad nos in præsenti non pertinet,) dotis constitutio autem peculiarem contractum requirit, qui nunquam præsumitur, sed in mero facto consistens ab allegante probari debet; hinc sine dubio etiam maritus dotem sibi constitutam esse asserens, hoc probare obstrictus erit. Wissenbach *ad ff. h. t. th. 14.* Qualitas bonorum paraphernalium è contrario ut probetur, necessitas non requirit.

Eò

Eô ipsô enim dum uxor bona quædam marito adfert & Lex immediatè sine aliqua conventione eidem administrationem concedit, maritus jam fundatam intentionem habet. Qualitas receptitiorum der Spille (non Spiele) Gelder / (à voce Spill sive Spindel/) itidem ex peculiari conventione dependet & sic probanda.

DIST. V.
Inter *Donationem propter nuptias* & *Dotalitium.*

NOn reperi quidem, quantitatem alterutrius ullibi in Legibus determinatam, sed hoc potius beneplacito contrahentium relictum fuisse; interim tamen moribus communiter ferè introductum est, *quod dotalitium donationem propter nuptias alterâ tantô supere.* Hinc donatio propter nuptias communiter *duplicatas* dotis usuras continet, sed in dotalitio tot reditus uxori adsignantur, quæ *quadruplicatas* dotis usuras exæquant, unde si uxor 4000. thal. infert, dotalitii loco ipsi tantæ usuræ adjudicantur, quæ aliàs ex sorte 16000. thal. percipiuntur, eine Frau die 4000. Rthl. einbringet/ wird auff 16000. verleibdinget/ & per consequens 20. pro 100. solvuntur, Hartm. Pistor. *P. 1. qu. 4.*

num. 1. Carpzov. *P. 2. c. 42. Def. 7.* Henel. *de dotalit. c. 6.* §. *10.* Illuſtr. Dn. Stryk. *caut. contr. ſect. 3. c. 18.* §. *34. & in tr. de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 4. c. 2.* §. *14.*

In *Donatione propter nuptias* uxor proprietatem conſequitur mortuô maritô; ſed in *dotalitio* uſumfructum ſolummodò, unde de hoc diſponere ipſi non eſt permiſſum, benè tamen de illa.

Donatio propter nuptias fit in remunerationem: *dotalitium* autem in compenſationem dotis, unde hoc abſorbet dotem, non autem illa.

Intuitu *donationis propter nuptias* uxor tacita gaudet hypotheca, *l. 12.* §. *2. C. qui pot. in pign.* (ubi ratio diverſitatis inter dotem & donationem p. n. adducitur) aſt *dotalitium*, quia Dotem abſorbet & ſic in locum dotis ſurrogatur, eôdem gaudet privilegio, quod doti compétit, v. Mev. *P. 1. Deciſ. 173.*

Poſſes denique & hoc addere, quod *donatio p. n.* communiter ab hominibus civici ordinis, *dotalitium* autem à Nobilibus & Illuſtribus conſtituatur; verùm hoc univerſale non eſt.

L IB.

LIB. XXIII. TIT. IV.

De Pactis Dotalibus.

DISTINCTIO I.

Inter Pacta dotalia *per modum contractûs* (*simplicia*) & *per modum ultimæ voluntatis* facta (*mixta.*)

P*Riora* non requirunt testes, nisi ad meliorem probationem, instar aliarum conventionum, in *posterioribus* autem quinque testes necessario præsentes esse debent, ita, ut iis deficientibus actus ipsô jure nullus habeatur, *v. l. f. ff. de jur. dot. l. f. C. de mort. caus. donat.*

Priora sunt irrevocabilia, *posteriora* autem pro lubitu tàm à marito, quàm ab uxore mutari possunt. Unde cautè agit maritus, cui uxor magnam bonorum suorum partem adsignat, si pacta dotalia per modum contractus celebrari curat, v. Kohl *de Pact. dot. p. 1. n. 1. seqq.*

Ne tamen putes, statim esse Pacta dotalia per modum ultimæ voluntatis confecta, ubi quinq; testes præsentes fuerunt, sed respicien-

ciendum præterea quam maxime ad formalia, quibus paciscentes usi fuerunt. Quod si enim dixerint, v. g. es soll der überlebende Ehegatte alle Güter behalten / haben / bekommen / hinnehmen / &c. tunc erunt pacta *simplicia*; quod si dixerint: erben / succediren / sunt *mixta* pacta, Illustr. Dn. Stryk. *Caut. contr. sect. 3. c. 8. §. 21.* Vocabula scilicet nonnulla naturam actuum inter vivos, nonnulla ultimarum voluntatum indolem magis exprimunt, quæ propterea sollicite seligenda.

LIB. XXIV. TIT. II.

De Divortiis & Repudiis.

DISTINCT. I.

Inter *Divortium* & *Repudium*.


Quamvis vocabulum *repudii* non absurdè etiam in personam uxoris cadat juxta *l. 101. §. 1. ff. de V. S.* propriè tamen de eo casu accipitur, quando *futurum matrimonium* repudiatur: id est, quando desponsati à contractu sponsalitio iterùm recedunt: *divortium* verò ad conjuges pertinet, exinde dictum, quia in diversas partes eunt conjuges, qui discedunt,

dunt, v. d. l. 101. §. 1. & l. 191. ff. de V. S.

Usus in eo consistit, ne de terminis litigemus. *Repudium* ex diversis causis conceditur, quoties scilicet Judex ex circumstantiis deprehendit, fundamentum matrimonii, amorem scilicet infucatum, non adesse in desponsatis, neque eundem omnibus suasionibus adhibitis iterum restaurari posse, quò pertinent inimicitiæ capitales, deformitas insignis superveniens, item si sponsa resciscat, sponsum anteà lue gallica infectũ fuisse, vel adhuc infectum esse, &c. conf. Mevius *P. 6. Dec. 225. & 226.* Non ita verò, postquam consummatio matrimonii, ipsa unitas carnis, accessit. Tunc enim *divortium* non nisi ex duabus causis permittitur, propter adulterium scilicet atque malitiosam desertionem, v. *Matth. 5. v. 32. & c. 19. v. 9. 1. Corinth. 7. v. 11.* Scio quidem adhuc disceptare DD. utrum sub voce: πορνεία, qua utitur Christus, solum delictum concubitus illiciti intelligatur, & annon per illam vocem etiam alia delicta majora indigitentur, quæ alias in S. Scriptura sub voce fornicationis venire solent, v. Selden. *Uxor. Hebraic. l. 3. c. 28. & 31.* Wesenbec. *Parat. ff. b. t. num. 11.* Scio etiam nonnullos ex nostratibus, & in specie Strauchium *instit. jur. publ. lib. 1. tit. 35.* statuisse,

tuiſſe, quod adhuc hodiè Principes plures, quam duas illas divortiorum cauſas permittere poſſint, neque eam ſententiam infringere conabor; ſed ſcio tamen, illud hactenus factum non eſſe, me autem in præſenti illud ſolum adferre debere, quod jam actu in praxi obtinet.

DIST. II.
Inter *Divortium* & *declarationem nullitatis*.

D*Ivortium* ſupponit, matrimonium *ab initio validum* fuiſſe, & illud ex cauſa *ſupervenіente* ſolum reſcindi, & hoc non obtinet, niſi in duobus caſibus modò adlatis: Aſt *in declaratione nullitatis* ne quidem ab initio validitas adfuit, ſed vitium conſenſum matrimonialem *ſtatim* impediens, v. g. metus, dolus, (quò etiam errorem in virginitate refero, impotentia, &c. Et quoad hanc declarationem matrimonium nihil peculiare præ reliquis contractibus habet, ſed quæ his obſtant, ea quoque illud annullare ſolent, v. Weſenbec. *Parat. ff. h. t. in fin.*

LIB.

Lib. XXV. Tit. I.
De Impensis in res dotales factus.

DISTINCT. I.
Inter Impensas *necessarias*, *utiles*, *voluptuarias* & *delicatas*.



Mpensæ *necessaria* (ita dictæ, quod ad conservationem rei necessario requiruntur, & quod sine iis res periisset *v. l. 1. seqq. ff. de impens. in res dot. fact.*) cuilibet possessori restituuntur, sive in b. sive m. f. sit constitutus, *l. 38. ff. de hered. petit.* Ne quidem *prædonem* in *d. l.* excipit Paulus. Interim non pauca loca sint, quæ contrarium asserere videntur, ut §. *30. J. de R. D. l. 7. §. pen. ff. de A. R. D.* Interpretes eô confugiunt, ut ea de jure strictô, citatam *l. 38.* autem de æquitate intelligant, moti verbis ipsius Pauli: *Prædo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum*, v. quæ fusè hic adducit Dion. Gothofred. *in not. ad d. l. 38.* Distinctionem Costæ *de jur. & fact.*

& fact. ignor. distinct. 34. num. 22. utrum m. f. possessor in opus jam existens aliquid impenderit, an verò opus planè novum aggressus fuerit, apud Brunnem. *Comm. ad d. l. 38. num. 1.* nulli fundamento superstructam esse censemus, mala enim fides utroque casu idem odium meretur sine dubio.

Hoc tamen addendum erit, quod b. f. possessor impensas hasce repetat, licet res meliorata deinde absque ejus culpa iterum perierit, è contrario autem m. f. possessori jus repetendi tunc demum competat, si melioratio adhuc reuera existit, *d. l. 38. ff. de hered. petit.*

De Impensis *utilibus* ita tene: Bonæ fidei possessor easdem repetit, cum distinctione tamen & juxta diversam *personarum* atque *causarum* considerationem in *l. 38. ff. de R. V.* indigitatam. Quod si enim Dominus *easdem impensas facturus fuisset*, ad restitutionem obligatur eousque, quò pretiosior factus est fundus. Quod si verò Dominus *pauper sit*, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat, b. f. possessor meliorationes factas tollit, modò ita fieri queat, ne deterior sit fundus, quàm si initio non fuisset ædificatum. Sed etsi tollere vult b. f. possessor, quod si tamen paratus est

domi-

dominus tantum dare, quantum, habiturus est possessor his rebus ablatis, hoc ipsi conceditur, &c. Singulare quid in dote occurrit, quod maritus scilicet ob impensas utiles non habeat jus retentionis, *l. un.* §. *5. C. de R. U. A.* Sed actionem mandati, vel negotiorum gestorum. Malæ fidei possessor has meliorationes nunquam repetit, sed semper tollit, v. Struv. *Ex. 11. th. 33.* supposito iterum, modò ita tollere possit, ne fiat deterior fundus, quàm anteà quidem fuit.

Voluptuarias denique impensas tàm b. quàm m. f. possessor solummodò tollit, cùm modò adlata tamen limitatione. Et hanc assertionem quoad m. f. possessorem ex ipsa *l. 39.* §. *1. ff. de hered. petit.* stabiliri posse putamus, quam tamen aliàs nonnulli tanquam obstantem objiciunt. Nobis hæc pro modo instituti nostri adduxisse sufficiat. Plura videri possunt apud Struv. *cit. Exerc. 11. th. 34. seqq.* & apud Autores ab eodem allegatos.

Delicatæ impensæ vocantur, quæ ex parte sunt utiles, ex parte autem voluptuariæ. Quod si ergò utilitas prævaleat, idem prædicatum illis tribuendum erit, quod utilibus impensis tribuimus; *v. l. 10. ff. h. t.* sin verò voluptas prævalet, in voluptuariarum quoque classem referendæ erunt.

DIST. II.

Inter Impensas *modicas* & *magnas*.

M*Agnæ* vocantur, quæ *perpetuam*; *modicæ* autem quæ *præsentaneam* solùm rei conservationem respiciunt, quod Germani efferunt, was zum Dach und Fach gehöret.

Usus distinctionis tunc deprehenditur, *si quis utilitatem ex rebus alienis gratis percipit*. Ita *usufructuarius* sarta tecta habere & modicam refectionem suscipere debet, ea autem, quæ vetustate planè corruerunt, reficere non cogitur, *l.7.§.2.ff.de usufr.* Ita *Commodatarius* impensas cibariorum, valetudinis aliasque modicas in rem commodatam factas à commodante non recuperat, *l.18.§.2. ff. commodati.* Sic, si *Maritus* impensas in res dotales factas repetit, modicæ in ædificandis ædibus & in reponendis propagandisque vineis & in valetudine mancipiorum erogatæ non curantur, *l. 12. ff. h. t.* Speciale quid est, quod Pater, qui usumfructum peculii adventitii habet, non solùm ad modicas, sed ad magnas etiam teneatur, Garsias *de Expens. c. 11. n. 5. seqq.*

Dixi autem, eum ad modicas impensas obstrictum esse, qui utilitatem ex rebus alienis *gratis* percipit. Aliud ergò *si fructus*

quis titulo onerosò consequitur, v. g. conductor. Hic enim omnes expensas, sive sint modicæ, sive magnæ, à Locatore recipit, v. g. quod pro soleis ferreis vel pro curatione equi dedit, Garsius *d. tr. c. 14. n. 10.* Caroc. *de Locat. p. 4. qu. 40.* Lauterbach. *ad tit. Locat. cond.* quò etiam illud refero, quod pro pabulo expenditur, v. Illustr. Stryk *not. ad Lauterb. tit. Locat. verb. Curationem.* Quia enim Locator percipiendo mercedem emolumentum ex re habet, hinc quoque incommoda ferat necessum est.

LIB. XXVI. TIT. I.

De Tutelis.

DISTINCT. I.

Inter Tutelam *testamentariam, legitimam* & *dativam.*



Uod causâ efficiente differant hæ tres species, illud exigui momenti est & nec jure Romano usum practicum constituebat. At verò apud Romanos in eo usus sese exserebat (1) *quod Tutores testamentarii & legitimi confirmatione judiciali non indigebant,* sed testamentarii, autoritate solius testamenti, legitimi autem vi agnationis tutelæ

administrationem in se suscipiebant, *arg. pr. J. de Attil. Tut.* (2) *quod à testamentariis nulla satisdatio exigebatur, pr. J. de satisdat. Tut.* sed ista quidem apud nos hodiè cessant, postquam per *Ordin. Polit. de A. 1577. tit. 32.* omnes satisdare tenentur, omnes quoque confirmatione judicis opus habent, cujuscunque generis sint.

Hodiè ergò nullum usum habet adlata distinctio, nisi, quod Magistratus eum, quem Pater in testamento nominavit, nec non hoc deficiente legitimum, ante omnes alios extraneos confirmare obstrictus sit. Nec non, quod nominatio Tutoris in testamento adhuc sub conditione, vel in diem fieri & sic confirmatio Magistratus ex proprio arbitrio Tutelam alicui demandat, §. 8. *J. qui test. tut. dar. poss. l. 6. §. 1. ff. de Tutel.* & de tutoribus à Magistratu constitutis intelligenda est *l. 77. ff. de R. J.*

DIST. II.

Inter Tutelam testamentariam *simplicem* & *confirmatam*.

Tutela *simplex* dicebatur, quam Pater intuitu liberorum *in potestate patria existentium* constituerat, §. 3. *J. de Tutel.* & quidem in testamento perfecto, aut codicillis testa-

teſtamento confirmatis: *Confirmata* autem, quando vel in teſtatore patria poteſtas deficiebat, v. g. ſi pater filio emancipato, vel mater liberis tutorem dederat: vel, ſi teſtamentum non erat ſolenne v. g. Codicilli per teſtamentum non confirmati, v. Struv. *S. I. C. Exerc. 31. th. 17.*

Uſus in foro Romano erat, quod prior confirmatione Magiſtratûs haud indigebat, benè tamen poſterior, *l. 1. pr. & §. 1. inf. ff. de confirm. Tut. vel Cur. l. 7. §. 1. eod.* Struv. *loc. cit.* Verum enim vero cum ad *diſt. præc.* jam monuerimus hodiè, omnes Tutores confirmandos eſſe; exinde patet, adlatæ diſtinctionis nullum apud nos hodiè in praxi uſum ſupereſſe.

DIST. III.

Inter Tutorem *adminiſtrantem*, *honorarium* & *notitiæ cauſa datum*.

ILle, qui *adminiſtrationis gratiâ* conſtituitur, ſimpliciter Tutor vocari conſuevit & ergo voce *Tutoris* abſolutè poſita, in dubio intelligitur.

Honorarius Tutor eſt inſpector reliquorum, ſeu, ut *in l. 3. §. 2. ff. de admin. Tut.* dicitur, obſervator actuum Tutoris adminiſtrantis & cuſtos.

Tutori *notitiæ causâ* dato nihil amplius incumbit, quàm ut reliquos Tutores de administratione prudenter suscipienda informet, *l.* 14. §. *ff. de solut. add. eand.* §. 1.

Usus distinctionis in eo consistit: si pupillus à Tutoribus læsus sit, *primò* quidem conveniuntur Tutores administrantes: quod si tamen hi eorumque heredes & fidejussores non sint solvendo, honorarii *deinde* ad reparandum damnum tenentur, imputatur enim iisdem, cur, si malè Tutorem administrantem conversari videbant, suspectum eum non fecerunt, prout loquitur Ulpianus in *l.* 3. §. 2. *ff. de administr. Tut.* & ibi omninò Brunnem. *in Commenta.* Ast ille, qui notitiæ causa datus, conveniri nequit, nisi forsan in consilio dando dolum malum adhibuerit, quod ex principiis de obligatione consilii facilè deducitur.

Porrò *Tutor administrans* indistinctè autoritatem suam in negotiis pupillorum interponere valet; circa *honorarium* autem distinguendum est. Aut agitur principaliter *de patrimonio pupilli diminuendo & re pupilli in alium transferenda*, v. g. si res pupilli venditur, permutatur, &c. & tunc tutoris honorarii autoritas non sufficit, de quo casu loquitur *l.* 4. *ff. de admin. Tut.* Vel è converso

prin-

principaliter de acquirendo agitur & per consequentiam solùm de pupillo obligando, v. g. si pupillus hereditatem adit, & tunc etiam tutor honorarius autoritatem suam validè interponit, quò pertinet *l. 49. ff. de acqu. vel omitt. hered.* Hæc conciliatio *alleg. LL.* Brunnemanni *ad d. l. 49.* præferenda esse videtur illi, quam habet Gothofred. *ad cit. l. ff. de autor. & consens.* v. Hilliger *ad Donell. l. 7. c. 9. lit. C.* Wissenbach *ad ff. Disp. 51. th. 12.*

Eandem distinctionem intuitu Tutoris *notitiæ causa dati* adhibendam esse puto, ob verba generalia *l. 49. ff. de acqu. vel. omitt. hered. Pupillum etiam eô Tutore autore, qui Tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari.* In qua sententia eò magis confirmor, dum in *l. 14. §. 6. ff. de solut.* dicitur, *liberationem etiam contingere, quamvis quis Tutori notitiæ causâ dato solverit, modò ei solvi prohibitum non fuerit.*

DIST. IV.
Inter *infantes* & *impuberes* in specie dictos.

INfantes (qui tales dicuntur usque ad completionem anni septimi, *l. 18. pr. C. de jur. deliber.* tam masculi, quam fœminæ) nihil omninò contribuunt in negotiis civilibus,

unde etiam Tutor durante infantia *non autoritatem interponit*, sed *solus* nomine pupilli *administrat*; post infantiam autem demùm autoritatem interponere dicitur, quamvis & tunc solus administrare possit, si velit, v. Lauterbach *ad tit. de administr. Tut.*

Hæc theoretica saltem sunt, cum unus idemque sit effectus eademque obligatio, sive administraverit Tutor, sive autoritatem interposuerit. Interim hoc quoad usum practicum notari meretur, quod infantes nunquam puniri possint propter admissa delicta, v. quos maximô cumulo allegat Carpz. *Pr. Crim. qu 143. n. 10.* nisi, quod si Judex aliqualem malitiam & doli capacitatem in iis deprehendat, virgis castigari queant, quò pertinet Responsum Scabinorum Lipsiensium apud d. Carpzov. *l. c. num. 20.* ibi: So wird C. S. solcher seiner Verbrechung wegen mit Ruthen ziemlicher massen gezüchtiget / und wann solches geschehen mag ferner wieder ihn nichts fürgenommen werden; At verô illi, qui infantiam jam egressi sunt, interdùm pœnæ omninò subjici possunt, prout ad *seq. Dist.* mox dicetur. Posses hoc quoque addere, quod *infans* ne quidem in merè favorabilibus promissionem acceptare queat, Illustr. Stryk. *Caut. Contr. sect. 1. c. 2. §. 6.* quod tamen possunt impuberes. Sic

Sic quoque ſtuprum *infanti* illatum pro violento reputatur & capitaliter punitur, licet ille conſenſerit, Carpzov. *Pr. Crim. qu. 69. n. 41.* ſecus in *impubere.*

DIST. V.
Inter *Infantiæ proximos* & *pubertati proximos.*

HAs ætates ita diſcernendas eſſe exiſtimant nonnulli, ut *pubertati proximi* dicantur, qui decimum annum & dimidium impleverunt, *gloſſ. in §. ſed quod diximus. 10. verb. Infantiæ. J. de inutil. ſtipul.* Bartol. *in l. 1. n. 6. ff. de novat.* Alii, ſi intra annum & ſemeſtre pubertatem aſſequuntur, Cujac. *l. 17. Obſ. 4. in f.* Aut, ſi ad puberem ætatem ſex menſes tantummodò deſunt, Bald. *ad l. 14. ff. ad Sc. lan.* Veriorem tamen eorum ſententiam eſſe exiſtimat Carpzov. *l. cit. num. 33.* qui Judicis arbitrio committunt, qua ætate propriè dicatur pubertati proximus, ut ſcilicet Judex inſpecta impuberis diſcretione aliisque circumſtantiis probè perpenſis hâc de re judicium ferat, quamvis ſubjungat, Interpretes communiter utrumque, pluralitatem ſcilicet annorum & malitiam, conjunctim requirere, quam quoque ſententiam nos præferendam eſſe ducimus, ex illo fun-

damento, quod *utplurimum* malitia tunc demum adesse soleat, si pluralitas annorum adest. Ergò dividendos esse censemus eos septem annos, ab octavo scilicet usque ad decimum quartum, ut una dimidia ad proximitatem infantiæ, altera autem ad pubertatis proximitatem referatur.

Usus in eo consistit: *Infantiæ proximi* non aliter considerantur, quàm ipsi infantes, de quibus ad *dist. præc.* diximus, & sic per consequens non puniuntur. Aliud in *pubertati proximis*. Hi enim, si malitia ætatem supplet, pœna omninò affici possunt, & si delictum valdè est atrox & maxima in delinquente impubere deprehenditur malitia, pœnæ quoque ordinariæ locus erit, v. Carpz. *d. qu. 143. num. 35. seqq.*

DIST. VI.

Inter *Impuberes* & *minorennes*.

VOcabulum *minorennium* dupliciter sumitur, (1) *late* ut etiam impuberes sub se comprehendat, prout accipitur in *tit. ff. de minor. 25. ann.* (2) *strictè*, ut impuberibus opponatur, & hic posterior significatus in præsenti ad nos pertinet.

Longè diversa autem est ratio *impuberum* & *minorennium* quoad effectum juris.

Impu-

Impuberes inviti etiam tutores recipere tenentur, ob maximam judicii imbecillitatem; non autem *minores* de jure Romano regulariter, nisi ad litem, §. *2. J. de Curat.* quamvis hodiè aliud per *Reform. Polit. de A. 1577. tit. 32*

Impuberes absque Tutorum autoritate promittentes plane non obligantur & sic restitutione in integrum non indigent, sed ipsô jure tuti sunt: aliud in *minoribus*, *v. l. 101. ff. de V. O.* quæ tamen ex *l. 3. C. de in integr. rest. min. 25. ann.* ad eum casum restringenda videtur, *si minor Curatrorem non habet.*

Impuberes testamentum condere non possunt, §. *1. J. quib. non est permiss. fac. test.* benè tamen *minores l. 4. C. eod.*

Impuberes regulariter doli non sunt capaces & propterea etiam non puniuntur, prout ad *dist. praeced.* monitum fuit; aliud in *minorennibus*, quippe qui regulariter à dolo & pœna non excusantur, v. *Constit. Crimin. art. 164.* Carpzov. *qu. 147. num. 59. seqq.* Struv. *S. J. C. Exerc. 48. th. 11.*

Impuberes sponsalia contrahentes firmiter non obligantur, sed adepta pubertate ab iisdem licitè iterum recedere possunt, etiamsi alter pubertatem nondum sit assecutus, *c. 8. X. de desponsf. impub.* Guttierez. *de matrim.*

matrimon. c. 29. num. 2. Brunnem. *de jur. eccleſ. l. 2. c. 16. §. 11.* Aliud in *minoribus*, qui etiam absque Curatorum & agnatorum conſenſu validè ſe deſpondet, Carpzov. *Jurispr. Conſiſt. lib. 2. Def. 46.* Struv. *Ex. 29. th. 23.*

Minores ad juramenta admittuntur & præſtitô juramento ſuper contractu aliquo beneficio reſtitutionis non gaudent, per *Autb. Sacramenta puberum. C. Si adverſ. vendit.* Aliud in *impuberibus*, *v. l. 34. §. 2. ff. de jurejur.*

Impubes Judicis perſonam neutiquam ſuſtinere poteſt, benè tamen interdum *minorennis*, ſi Principi hoc ita placuerit. Ubi notandum eſt, Leges Romanas, quæ de ætate Judicis *pedanei* loquuntur, admodùm impertinenter allegari in Compendiis noſtris ad determinandam hodiernorum Judicum legitimam ætatem. Partes enim, quæ tunc eligebant tales Judices, ad numerum annorum in Legibus præſcriptum adſtricti utique erant; ſed Princeps ſummus non item.

LIB.

LIB. XXVI. TIT. II. & III.

De Testamentaria Tutela. & De Confirmando Tutore vel Curatore.

Sub hisce Titulis occurrit distinctio inter *tutelam testamentariam simplicem* & *confirmatatam*, de qua nos jam *ad tit. præc. dist. 11.* nostram mentem aperuimus.

Altera quoque distinctio inter confirmationem *cum inquisitione* & *cum satisdatione* hodie applicari amplius non potest. Profluebat nempe illa ex diversitate Magistratuum apud Romanos, dum magistratus superior cum inquisitione, inferior autem cum satisdatione Tutores confirmabat, *v. l. 2. & l. 5. ff. de confirm. Tut. vel Curat.* Sed quis ignorat, argumentum à Magistratibus Romanis ad nostros hodiernos planè non procedere. Imo potius *Ord. Polit. de A. 1577. tit. 32.* von den Pupillen und Minder-Jährigen

gen, ab omnibus Tutoribus satisdationem exigit, sine distinctione inter confirmationem à superiore, vel inferiore Magistratu factam.

Idem judicium esto de distinctione, utrum Tutor *cum* vel *sine inquisitione* confirmatus fuerit. Confirmabatur scilicet sine inquisitione, quoties pater eum dederat, si autem alius aliquis, cum inquisitione, *v. l. 1. §. 11. ff. de confirm. Tutor.* Hodie confirmatio non valet, sive cum, sive sine inquisitione facta fuerit, sed adhuc majus aliquid, satisdatio scilicet, requiritur.

LIB. XXVI. TIT. VI.
De Legitimis Tutoribus.

DISTINCT. I.

Inter Tutelam legitimam *ordinariam* (sive *regularem*) & *extraordinariam* (sive *irregularem*.)

ORdinaria sive *regularis* vocatur, quæ defertur à Lege proximis pupilli cognatis, juxta successionis ordinem. Quicunque enim spem proximam & certam habet emolumentum consequendi ex here-

ditate pupilli, si is intra pubertatem decesserit, ille quoque onus tutelæ in se suscipere adstringitur. Unde simul patet, cur non detur cura legitima, quia scilicet cognati postquam pupillus pubertatem adeptus est & sic facultate testandi gaudet, spem *certam* succedendi non amplius habent, exceptis furiosorum & prodigorum cognatis, nec non in causis feudalibus.

Extraordinaria sive *irregularis* est, quæ matri, vel aviæ defertur ex *Nov. 118. c. 5.* ubi nonnullæ quæstiones moveri solent, *an & quibus præferatur mater vel avia?* Ad distinctum conceptum formandum sequentes casus separandi erunt. *Aut mater cum avia concurrit*, & tunc res dubio caret, matrem præferendam esse, quia mater in successione proxima est. *Aut mater concurrit cum avo, sive paterno, sive materno*, & tunc quamvis Struvius & Carpzovius dissentiant, idem tamen ex eadem ratione asserendum esse putamus propter verba *Novellæ 118. c. 5. secundum hereditatis ordinem*, v. *Compend. nostr. Novell. cit. nov.* Carpzovius *P. 2. c. 11. Def. 13.* excipit quidem, eô casu, ubi mater cum avo paterno concurrit, nulla plane tutela opus esse, quia nepos est in potestate illius avi; sed cum hoc hodie rarius fiat, ratio

etiam

etiam Carpzovii parum ſtringere videtur. Porrò: *aut avia concurrit cum avo*, & tunc puto, avum aviæ præferri debere ob præſtantiam ſexus, quam toties reſpicere videntur leges, quoties perſonæ concurrentes ratione ſucceſſionis eodem jure gaudent. *Aut* denique *avia paterna cum avia materna concurrit*, & tunc utraque admittenda erit, quia & ratione juris ſuccedendi & ratione ſexûs ſunt æquales.

Quoad uſum diſtinctionis hæc breviter nota: In tutela legitima *ordinaria* cognati *inviti* etiam coguntur, niſi excuſatione aliqua in legibus adprobata inſtructi ſint; aſt in *extraordinaria* matris & aviæ *arbitrio reliquerunt leges*, an in ſe recipere velint onus tutelæ, annon, v. Carpzov. *d. P. 2. c. 11. Def. 11. n. 13. 14.*

Deinde hoc etiam ſpeciale quid eſt, quod mater & avia ad tutelam *extraordinariam* admittantur, quamvis ſint pupillorum debitrices, aut creditrices, *Nov. 94. c. 2.* quod ſecus in *ordinaria* propter *Nov. 72.*

Mater, vel avia, ſi poſt ſuſceptam tutelam matrimonium init, tutelam deponere tenetur, per *Nov. 94. c. 2.* aliud ſi cognatus aliquis uxorem ſuperinducit.

LIB.

LIB. XXVI. TIT. VII.

De Administratione & periculo Tutorum & Curatorum, qui gesserint, vel non, & de agentibus, vel conveniendis, uno vel pluribus.

DIST. I.

Inter *Administrationem* & *autoritatem* Tutorum.

DE hac distinctione jam supra diximus ad *tit. de Tutelis Dist. IV.* Hoc saltem in præsenti addimus, quod quando quis cum Tutore *administrante* contrahit, verba ita concipi debeant: Es verkaufft der Vormund Titius im Nahmen seines Pfleg-Befohlenen & in judicialibus: Es erscheinet Tutor im Nahmen seines Pflegbefohlenen: Si autem cum Tutore *autoritatem interponente*, in hunc modum: Es verkaufft Mevius mit Beystand und Vollwort seines Vormundes Titii & in judicialibus: Es erscheinet Kläger in assistentz seines Vormundes/vel: Es erscheinet Tutor in Vormundschafft des Mevii. Exinde enim tunc apparet, an Pupillus aliquo modo

concurrat in contractu, utrum verò Tutor omnia solus expediat, v. Illustr. Dn. Stryk. *de Caut. contr. sect. 1. Cap. 2. §. 3.*

DIST. II.

Inter divisionem administrationis à *testatore, Judice* & *ipsis Tutoribus* factam.

Usus in decidenda quæstione conspicitur: *utrum ex Contutoribus alter propter alterius malam administrationem pupillo ad interesse obligetur?* Hic nempe respondetur: Si divisio tutelæ facta *à testatore*, tunc alter pro altero planè non obligatur, nisi forsan viderit, alterum in rebus pupilli malè versari & tamen eundem justò tempore non postulaverit suspectum, *l. 2. C. de dividend. Tutel.* Eadem est decisio in *d. l.* si divisio *a Judice* facta fuit.

Sed si *ipsi Tutores* inter se dividunt Tutelam, hæc divisio pupillo non præjudicat. Potest enim adolescens unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat, *d. l. 2.* Concedunt tamen DD. communiter beneficium excussionis sive ordinis, quod intelligo, nisi ceteri quoque negligentiam & culpam in omissione postulationis suspecti Tutoris admiserint, & Tutor gerens pupillum simi-

similiter per culpam solùm læserit, tunc enim in pari gradu obligationis constituti essent.

Lib. XXVI. Tit. IIX.
De Autoritate & Consensu Tutorum & Curatorum.

DISINCT. I.

Inter *Autoritatem* & *Consensum*,

Differentia apud Romanos in eo consistebat, quod *autoritas* (quam Tutores præstant) statim *ab initio* contractus, sive in continenti, id est, antequam ad alia negotia digrediuntur partes contrahentes, interponi debebat, post tempus enim, vel per Epistolam, aut per nuntium interposita autoritas nihil agebat, prout habet §. *2. j. de autor. Tut. Consensus* autem (qui à Curatore requiritur) etiam *ex intervallo* accedere poterat. Rationem diversitatis suppeditant, quia autoritas Tutoris *ad integrandam personam pupilli*, consensus Curatoris autem *ad supplendam disponendi facultatem* requiritur. Seu clarius, quia in impubere ad-

modùm imbecille est judicium, ut parum vel nihil ad perficiendum negotium contribuere queat, minorennis verò majori judicio discretivo jamdum gaudet. Hæc ita apud Romanos. Verumenimverò postquam DD. nostri communiter asserunt, quod hodiè autoritas ex intervallo etiam à Tutore interponi possit, modò exactam notitiam eorum habeat, quæ à pupillo peracta fuerunt, v. Struv. *S. I. C. Ex 31. th. 42. in f.* & quem allegat Perez. *ad tit. C. de autor. & consens. tut. num. 9.* Hoppius *Exam. J. de autor. Tut. qu. 12.* Brunnemann. *Exercit. J. de tit.* hinc adducta differentia hodie apud nos exiguæ, vel nullius potius utilitatis erit.

LIB. XXVII. TIT. I.
De Excusationibus.

DIST. I.
Inter Excusationem *necessariam* & *voluntariam*.


Ecessariam vocant, quando quis ne volens quidem admittitur ad tutelam, vel quod pupillo exinde damnum immineat, v.g. si minorennis, inimicus, prodigus &c. tutor esse vellet,

vellet, vel ipsi etiam Reipublicæ, v.g. si miles tutelam adfectaret, & hæc proinde melius *prohibitio*, quam *excusatio* dici meretur.

Voluntaria è contrariò dicitur, quando quis, si vellet, omninò ad tutelam admitteretur, & hæc propriè est excusatio.

Necessaria non solùm à suscipienda, sed à suscepta etiam tutela excusat; sed *voluntaria* à suscipienda saltem. Eô ipsô enim dum aliquis excusationem propter privatum suum favorem sibi competentem allegare scienter omisit, juri suo renunciâsse censetur, ad renunciata autem regressus non datur.

LIB. XXVII. TIT. III.

De Tutelæ & rationibus distrahendis & utili Curationis causa actione.

DIST. I.

Inter actionem *tutelæ* (seu *de rationibus reddendis*) & *de rationibus distrahendis*.

PRior oritur ex quasi contractu, *posterior* ex delicto. *Illa* datur ad damni illati reparationem & sic ad simplum

faltem; *hæc* autem ad duplum, quod rei persecutionem continet, *l. 2. §. 2. ff. h. t.* Hæc differentia hodie sine dubio cessat, cum actiones pœnales ad duplum, triplum, quadruplum, in foris Germaniæ non fuerint receptæ. Manet tamen alia, quod scilicet *prior* etiam contra heredes competat, *posterior* non item *l. 1. §. 23. ff. eod.* quamvis, cum per actionem tutelæ adversus heredes institutam *ratione persecutionis rei* idem obtineamus, quod per actionem de rationibus distrahendis, & præterea utraque actio hôc respectu elective concurrat, v. Lauterb. *h. t. circ. f.* hæc quoque observatio parùm utilitatis habere videatur, præcipuè cum nomen actionis in libellis nostris exprimere non teneamur.

LIB. XXVII. TIT. V. & VI.

De eo, qui pro Tutore, prove Curatore negotia gessit, nec non Quod falso Tutore Autore gestum, esse dicatur.

VEri Tutoris descriptio omnibus nota est, dicitur

dicitur scilicet talis, qui *prævia Magistratus confirmatione* (nam ea hodie indistinctè requiritur, ut supra vidimus) administrationem Tutelæ in se recepit. *Protutor* è contrario dicitur, qui tutelam tanquam Tutor administrat bona fide, v. g. si quis erroneè crederet, se esse proximum Agnatum pupilli, vel etiam qui sciens, se tutorem non esse, tamen absque maligno animo res pupillares administrat, *l. 1. §. 1. ff. de eo, qui pro tutor.*

Tutoris & protutoris hactenus eadem est ratio, quod uterque res pupilli instar boni patrisfamilias administrare & damna illata resarcire teneatur, *l. 4. ff. d. t.* In eo tamen adhuc est differentia, quod Tutor statim a tempore *suscipiendæ*, Protutor autem à tempore *susceptæ* tutelæ demum obligetur: Tutor pro lubitu *tutelam deponere* non potest, benè tamen Protutor, si modò necessarios pupilli certiores facit, ut ipsi Tutorem petant: Tutor de omnibus negotiis tenetur, *sive sint connexa, sive non*, Protutor saltem de connexis, nisi alius reliqua etiam gesturus fuisset, *l. 1. §. 9. ff. h. t.*

De jure Romano usus in eo quoque conspiciebatur, quod cum Protutore etiam ante pubertatem agi poterat, non autem cum tutore, *l. 1. §. 3. ff. eod.* Verum postquam Tu-

gem, ab omnibus Tutoribus satisdationem exigit, sine distinctione inter confirmationem à superiore, vel inferiore Magistratu factam.

Idem judicium esto de distinctione, utrum Tutor *cum* vel *sine inquisitione* confirmatus fuerit. Confirmabatur scilicet sine inquisitione, quoties pater eum dederat, si autem alius aliquis, cum inquisitione, *v. l. 1. §. 11. ff. de confirm. Tutor.* Hodie confirmatio non valet, sive cum, sive sine inquisitione facta fuerit, sed adhuc majus aliquid, satisdatio scilicet, requiritur.

LIB. XXVI. TIT. VI.
De Legitimis Tutoribus.

DISTINCT. I.
Inter Tutelam legitimam *ordinariam* (sive *regularem*) & *extraordinariam* (sive *irregularem*.)

Ordinaria sive *regularis* vocatur, quæ defertur à Lege proximis pupilli cognatis, juxta successionis ordinem. Quicunque enim spem proximam & certam habet emolumentum consequendi ex hereditate

ditate pupilli, si is intra pubertatem decesserit, ille quoque onus tutelæ in se suscipere adstringitur. Unde simul patet, cur non detur cura legitima, quia scilicet cognati postquam pupillus pubertatem adeptus est & sic facultate testandi gaudet, spem *certam* succedendi non amplius habent, exceptis furiosorum & prodigorum cognatis, nec non in causis feudalibus.

Extraordinaria sive *irregularis* est, quæ matri, vel aviæ defertur ex *Nov. 118. c. 5.* ubi nonnullæ quæstiones moveri solent, *an & quibus præferatur mater vel avia?* Ad distinctum conceptum formandum sequentes casus separandi erunt. *Aut mater cum avia concurrit*, & tunc res dubio caret, matrem præferendam esse, quia mater in successione proxima est. *Aut mater concurrit cum avo, sive paterno, sive materno*, & tunc quamvis Struvius & Carpzovius dissentiant, idem tamen ex eadem ratione asserendum esse putamus propter verba *Novellæ 118. c. 5. secundum hereditatis ordinem*, v. *Compend. nostr. Novell. cit. nov.* Carpzovius *P. 2. c. 11. Def. 13.* excipit quidem, eô casu, ubi mater cum avo paterno concurrit, nulla plane tutela opus esse, quia nepos est in potestate illius avi; sed cum hoc hodie rarius fiat, ratio

etiam

etiam Carpzovii parum ſtringere videtur. Porrò: *aut avia concurrit cum avo*, & tunc puto, avum aviæ præferri debere ob præſtantiam ſexus, quam toties reſpicere videntur leges, quoties perſonæ concurrentes. ratione ſucceſſionis eodem jure gaudent. *Aut* denique *avia paterna cum avia materna concurrit*, & tunc utraque admittenda erit, quia & ratione juris ſuccedendi & ratione ſexûs ſunt æquales.

Quoad uſum diſtinctionis hæc breviter nota: In tutela legitima *ordinaria* cognati *inviti* etiam coguntur, niſi excuſatione aliqua in legibus adprobata inſtructi ſint; aſt in *extraordinaria* matris & aviæ *arbitrio reliquerunt leges*, an in ſe recipere velint onus tutelæ, annon, v. Carpzov. *d. P. 2. c. 11. Def. 11. n. 13. 14.*

Deinde hoc etiam ſpeciale quid eſt, quod mater & avia ad tutelam *extraordinariam* admittantur, quamvis ſint pupillorum debitrices, aut creditrices, *Nov. 94. c. 2.* quod ſecus in *ordinaria* propter *Nov. 72.*

Mater, vel avia, ſi poſt ſuſceptam tutelam matrimonium init, tutelam deponere tenetur, per *Nov. 94. c. 2.* aliud ſi cognatus aliquis uxorem ſuperinducit.

LIB.

LIB. XXVI. TIT. VII.
De Administratione & periculo Tutorum & Curatorum, qui gesserint, vel non, & de agentibus, vel conveniendis, uno vel pluribus.

DIST. I.

Inter *Administrationem* & *autoritatem* Tutorum.

DE hac distinctione jam supra diximus ad *tit. de Tutelis Dist. IV.* Hoc saltem in præsenti addimus, quod quando quis cum Tutore *administrante* contrahit, verba ita concipi debeant: Es verkaufft der Vormund Titius im Nahmen seines Pfleg-Befohlenen & in judicialibus : Es erscheinet Tutor im Nahmen seines Pflegbefohlenen : Si autem cum Tutore *autoritatem interponente*, in hunc modum : Es verkaufft Mevius mit Beystand und Vollwort seines Vormundes Titii & in judicialibus : Es erscheinet Kläger in assistentz seines Vormundes/vel : Es erscheinet Tutor in Vormundschafft des Mevii. Exinde enim tunc apparet, an Pupillus aliquo modo

concurrat in contractu, utrum verò Tutor omnia solus expediat, v. Illustr. Dn. Stryk. *de Caut. contr. sect. 1. Cap. 2. §. 3.*

DIST. II.

Inter divisionem administrationis *à testatore, Judice* & *ipsis Tutoribus* factam.

USus in decidenda quæstione conspicitur: *utrum ex Contutoribus alter propter alterius malam administrationem pupillo ad interesse obligetur?* Hic nempe respondetur: Si divisio tutelæ facta *à testatore*, tunc alter pro altero planè non obligatur, nisi forsan viderit, alterum in rebus pupilli malè versari & tamen eundem justo tempore non postulaverit suspectum, *l. 2. C. de dividend. Tutel.* Eadem est decisio in *d. l.* si divisio *a Judice* facta fuit.

Sed si *ipsi Tutores* inter se dividunt Tutelam, hæc divisio pupillo non præjudicat. Potest enim adolescens unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat, *d. l. 2.* Concedunt tamen DD. communiter beneficium excussionis sive ordinis, quod intelligo, nisi ceteri quoque negligentiam & culpam in omissione postulationis suspecti Tutoris admiserint, & Tutor gerens pupillum simi-

similiter per culpam solùm læserit, tunc enim in pari gradu obligationis constituti essent.

Lib. XXVI. Tit. IIX.
De Autoritate & Consensu Tutorum & Curatorum.

DISINCT. I.
Inter *Autoritatem* & *Consensum*,

Differentia apud Romanos in eo consistebat, quod *autoritas* (quam Tutores præstant) statim *ab initio* contractus, sive in continenti, id est, antequàm ad alia negotia digrediuntur partes contrahentes, interponi debebat, post tempus enim, vel per Epistolam, aut per nuntium interposita autoritas nihil agebat, prout habet §. 2. *j. de autor. Tut. Consensus* autem (qui à Curatore requiritur) etiam *ex intervallo* accedere poterat. Rationem diversitatis suppeditant, quia autoritas Tutoris *ad integrandam personam pupilli*, consensus Curatoris autem *ad supplendam disponendi facultatem* requiritur. Seu clarius, quia in impubere ad-

modùm imbecille eſt judicium, ut parum vel nihil ad perficiendum negotium contribuere queat, minorennis verò majori judicio diſcretivo jamdum gaudet. Hæc ita apud Romanos. Verumenimverò poſtquam DD noſtri communiter aſſerunt, quod hodiè autoritas ex intervallo etiam à Tutore interponi posſit, modò exactam notitiam eorum habeat, quæ à pupillo peracta fuerunt, v. Struv. *S. I. C. Ex 31. th. 42. inf.* & quem allegat Perez. *ad tit. C. de autor. & conſenſ. tut. num. 9.* Hoppius *Exam. J. de autor. Tut. qu. 12.* Brunnemann. *Exercit. J. de tit.* hinc adducta differentia hodie apud nos exiguæ, vel nullius potius utilitatis erit,

LIB. XXVII. TIT. I.
De Excuſationibus.

DIST. I.
Inter Excuſationem *neceſſariam* & *voluntariam*.


Eceſſariam vocant, quando quis ne volens quidem admittitur ad tutelam, vel quod pupillo exinde damnum immineat, v.g. ſi minorennis, inimicus, prodigus &c. tutor eſſe vellet,

vellet, vel ipsi etiam Reipublicæ, v.g. si miles tutelam adfectaret, & hæc proinde melius *prohibitio*, quam *excusatio* dici meretur.

Voluntaria è contrariò dicitur, quando quis, si vellet, omninò ad tutelam admitteretur, & hæc propriè est excusatio.

Necessaria non solùm à suscipienda, sed à suscepta etiam tutela excusat; sed *voluntaria* à suscipienda saltem. Eô ipsô enim dum aliquis excusationem propter privatum suum favorem sibi competentem allegare scienter omisit, juri suo renunciâsse censetur, ad renunciata autem regressus non datur.

LIB. XXVII. TIT. III.

De Tutelæ & rationibus distrahendis & utili Curationis causa actione.

DIST. I.

Inter actionem *tutelæ* (seu *de rationibus reddendis*) & *de rationibus distrahendis*.

PRior oritur ex quasi contractu, *posterior* ex delicto. *Illa* datur ad damni illati reparationem & sic ad simplum

dicitur scilicet talis, qui *prævia Magistratus confirmatione* (nam ea hodie indistinctè requiritur, ut supra vidimus) administrationem Tutelæ in se recepit. *Protutor* è contrario dicitur, qui tutelam tanquam Tutor administrat bona fide, v. g. si quis erroneè crederet, se esse proximum Agnatum pupilli, vel etiam qui sciens, se tutorem non esse, tamen absque maligno animo res pupillares administrat, *l. 1. §. 1. ff. de eo, qui pro tutor*,

Tutoris & protutoris hactenus eadem est ratio, quod uterque res pupilli instar boni patrisfamilias administrare & damna illata resarcire teneatur, *l. 4. ff. d. t.* In eo tamen adhuc est differentia, quod Tutor statim a tempore *suscipiendæ*, Protutor autem à tempore *susceptæ* tutelæ demum obligetur: Tutor pro lubitu *tutelam deponere* non potest, benè tamen Protutor, si modò necessarios pupilli certiores facit, ut ipsi Tutorem petant: Tutor de omnibus negotiis tenetur, *sive sint connexa, sive non*, Protutor saltem de connexis, nisi alius reliqua etiam gesturus fuisset, *l. 1. §. 9. ff. h. t.*

De jure Romano usus in eo quoque conspiciebatur, quod cum Protutore etiam ante pubertatem agi poterat, non autem cum tutore, *l. 1. §. 3. ff. eod.* Verum postquam Tu-

tores hodie propter *Ordin. Polit. de A. 1577. tit. 32.* singulis annis rationes reddere tenentur, & sic quoque singulis annis ante pubertatem cum ipsis agi potest, differentia illa sine dubio corruit.

Protutores hodiè adhuc dari certum est. Quamvis enim Leges publicæ velint, ne quis tutelæ munus, nisi ex decreto Magistratûs suscipiat, quod objicit Dn. Beyer *Pos. ff. h. t.* Leges tamen eædem non prohibent, quo minus quis b. f. ad tempus aliquod, præcipuè si Tutor nondum constitutus est, commodum pupillorum gerendo protutelam promoveat.

Falsus Tutor à Protutore ex diversa intentione distinguitur. *Protutor*, prout hactenus dictum, fovet intentionem omnia ex bono & æquo expediendi; at *falsus Tutor* eô animô ad negotia pupilli accedit, ut vel pupillum ipsum, vel alios, qui cum pupillo ejus autoritatem secuti contraxerunt, decipiat, *v. l. 11. §. 2. & l. 12. ff. quod fals. Tutor.* Ergò ex facto *Protutoris* heredes etiam conveniri possunt, non autem ex facto *falsi Tutoris*, quia ille ex conventione, hic autem ex delicto obligatur, *v. l. 9. §. 1. ff. quod falsu Tutor, autor.*

LIB.

LIB. XXVII. TIT. VII. De Fidejussoribus & Nominatoribus & Heredibus Tutorum & Curatorum.

DISTINCT. I. Inter Fidejussores *Tutorum & aliorum contrahentium.*

OMninò cavendum est, ne quis ea, quæ de fidejussoribus in genere disponuntur, ad illos, qui pro Tutoribus prove Curatoribus fidem suam interponunt, vel interposuisse censentur, promiscuè applicet. Scilicet fidejussio in dubio nunquam præsumitur, quia est obligatio alterius favorem respiciens, & proinde, licet quis dicat, quod me fidejussorem suum constituere velit, & ego taceam, taciturnitas tamen mea mihi neutiquam præjudicat, quia tacui salvô jure meô. Brocardicum enim: *qui tacet, consentire videtur*, non est universale, ut Deô volente aliquando ex fontibus Legum civilium ostendetur. Enimverò in materia Tutelæ ita disponit *l. 4. §. f. ff. h. t.* Fidejussores, inquit, à Tutoribus nominati

minati, si præsentes fuerunt & non contradixerunt & nomina sua referri in acta publica passi sunt: æquum est, perinde teneri, atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset.

Fidejussores aliàs beneficio divisionis gaudent, prout notum est; sed fidejussores Tutorum, si pupillus eos convenit, hoc beneficio destituuntur, *l. f. ff. rem pupill. vel adolescent. salv. for.*

Fidejussoribus aliàs exceptio ordinis sive excussionis competit, si Creditor eos primò locò, non excusśò ante debitore principali, convenire velit; ast fidejussoribus Tutorum hæc quoque exceptio denegatur in *l. 1. C. h. t.* Video quidem, DD. asserere, quod hodie etiam hisce illud beneficium non sit denegandum ob *Nov. 4. c. 1.* sed audirem libenter, quid responsuri essent, si iisdem opponeretur principium ab omnibus adprobatum: *Jura singularia non tolli per leges subsequentes generales.* Quod enim *d. Nov. 4.* de fidejussoribus Tutorum in specie mentionem non injiciat, sed generaliter saltem de fidejussoribus loquatur, verba ejusdem ita clarè innuunt, ut probatione aliqua non indigeant.

LIB.

LIB. XXVI. TIT. II. & III. De Curatoribus & Cura.

DIST. I. Inter *Tutores* & *Curatores.*

Quamvis Vocabulô Germanico der Vormünder & Tutores & Curatores denotentur, ac prætereà, qui Tutor fuit durante pupillari ætate, plerumque etiam Curam gerere soleat in adolescentia vel minorennitate; item, quamvis minorennis non minus consensum Curatoris, quam pupillus autoritatem Tutoris in ad nistrandis rebus suis adhibere debeat, adeo, ut altero deficiente negotium sit nullum, & sic videri posset, Tutores & Curatores non nisi inani vocabulorum sono differre; nihilominus tamen his omnibus non obstantibus adhuc ostendi potest, præsentem distinctionem nostram utilitate sua non esse destitutam.

Scilicet quando dicunt, Tutorem principaliter dari personæ, minus principaliter bonis: è contrario autem curatorem primario circa bona minoris & secundariò saltem

circa

circa personam minoris versari, tunc exinde quæstio practica decisionem capit, *quis Judex in constituendo Tutore, vel Curatore pro competente reputetur?* A potiori faciendam esse denominationem, & dignius ad se trahere minus dignum, regula est ab omnibus DD. probata. Ergò si contingat, ut alius sit Judex intuitu domicilii pupilli, alius intuitu bonorum ipsius, Judex domicilii, sub quo persona pupilli deprehenditur, sine dubiò potius jus in constituendo Tutore habebit, v. Alexand. *l. 5. Cons. 44. num. 17.* & ex multis aliis præcipuè Paulus Montanus *in tr. de jure tutelarum cap. 44. n. 22. & cap. 20. in f.* quæ datio ad bona etiam sub alio Judice sita se extendit. Exceptio est, nisi bona in alio planè territorio sita sint, quo casu Judex illius territorii providere debet pupillo; Montan. *cap. 4. num. 24.* Observat autem Guttiretz apud Brunnem. *in Comm. ad l. un. C. ubi pretant. Tut.* Judicem non debere exprimere, quod Tutorem etiam ratione bonorum alibi sitorum dare velit, tunc enim dationem fore irritam, sed illam ratione dictorum bonorum per consequentiam fieri & sic tacitè. Hæc de constitutione Tutorum. In constitutione Curatorum ex ante adducta ratione Judex, sub quo bona minoris sita sunt, potius jus habebit. *Tu-*

Tutores apud Romanos ſtatim ab initio intervenire debebant, in negotiis pupillorum; *Curatoribus* hoc etiam ex poſtfacto licebat. Verum hoc hodie ceſſat, prout diximus *ad tit. de autor. & conſenſ. Tut. vel Curat.*

Tutores olim in teſtamento quidem conſtituebantur, non autem *Curatores;* ſed hoc iterum ceſſat, quia hodie poſt *ſæpe cit. Ordin. Polit. de A. 1577.* minorum arbitrio non amplius relictum eſt, an Curatores accipere velint, annon, ſed hoc facere inviti etiam etiam compelluntur.

Hoc tamen adhuc hodè manſit, quod proximi cognati ad *Tutelam* quidem compellantur, quia certam ſuccedendi ſpem habent, non autem ad *Curam,* quia poſt adeptam à pupillis pubertatem illa ſpes deficit, exceptis Curatoribus prodigorum & furioſorum. Idem in feudalibus, v. quæ diximus ad *tit. de Legitim. Tutor. Diſt. I.*

In reliquis pleriſque puto nulla inter Tutores & Curatores erit Differentia.

DIST. II.

Inter Impedimentum *animi* & *corporis*, ob quod Curator conſtituitur.

VIderi poterat ab initio, parùm intereſſe, utrum propter impedimentum animi, an

an verò corporis constituatur Curator, cum utrobiq;idem sit ejusdem officium eademq; ubivis obligatio. Et sanè *intuitu ipsius etiam Curatoris* nihil revera intererit. Ast interest tamen *intuitu ipsius, cui Curator constituitur*. Quæritur scilicet, *an aliquis invitus Curatorem accipere teneatur?* Hic, quia in administratione negotiorum civilum utrumique requiritur, animus sc.& corpus, animus autem instar directoris est, cujus jussum & placita exequitur corpus, exinde statim consequitur, quod *quotiescunque adest defectus animi, v.g. in furiosis, mente captis, prodigis, &c. toties etiam persona tali vitio laborans invita Curatorem accipere teneatur:* è contrario: *quoties vitium in corpore solum deprehenditur, e.g. in cæcis, mutis, surdis, morbô sonticô laborantibus, &c. quod toties persona infirma invita Curatorum accipere non obligetur.*

FINIS PARTIS II.